



Universidade de Brasília – UnB

Faculdade de Direito – FD

THIAGO GUNTZEL DE SOUZA

**Incorporação imobiliária, hipoteca e a Súmula nº 308 do Superior Tribunal de Justiça  
no contexto do novo paradigma dos contratos**

Brasília

2014

THIAGO GUNTZEL DE SOUZA

**Incorporação imobiliária, hipoteca e a Súmula nº 308 do Superior Tribunal de Justiça  
no contexto do novo paradigma dos contratos**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação  
em Direito da Universidade de Brasília como  
requisito parcial para a obtenção do grau de  
Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor  
Doutor Frederico Henrique Viegas de Lima.

Brasília

2014

THIAGO GUNTZEL DE SOUZA

**Incorporação imobiliária, hipoteca e a Súmula nº 308 do Superior Tribunal de Justiça  
no contexto do novo paradigma dos contratos**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação  
em Direito da Universidade de Brasília como  
requisito parcial para a obtenção do grau de  
Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor  
Doutor Frederico Henrique Viegas de Lima.

Banca Examinadora:

---

Professor Doutor Frederico Henrique Viegas de Lima  
Orientador

---

Professor Doutor Paulo Burnier da Silveira  
Membro da Banca

---

Professor Mestre Bruno Rangel Avelino da Silva  
Membro da Banca

*Dedico esta obra à minha família  
pelo apoio incondicional que  
sempre me prestaram.*

“Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades,  
Muda-se o ser, muda-se a confiança;  
Todo o Mundo é composto de mudança,  
Tomando sempre novas qualidades.”

Luís de Camões

## RESUMO

É certo que as incorporações imobiliárias constituem empreendimentos que exercem um importantíssimo papel na garantia de um adequado atendimento à crescente demanda da população por moradia. Todavia, por maiores que sejam os benefícios que este tipo de negócio possa oferecer à sociedade, o fato de os adquirentes desses imóveis estarem em nítida posição de hipossuficiência dentro do modo como se organiza essa operação econômica faz com que seja necessário que se proceda a uma análise mais cuidadosa de certas situações, com o objetivo de se evitar que sejam cometidas graves injustiças contra esses compradores. Uma dessas situações é a que ocorre quando a incorporadora, no intuito de obter os recursos necessários para a realização de seu empreendimento, contrai empréstimo perante instituição financeira, oferecendo, como garantia da dívida, a hipoteca do terreno onde será construído o futuro edifício. Acontece que a hipoteca, na qualidade de direito real de garantia, possui eficácia *erga omnes*, o que, a princípio, permitiria que os adquirentes das unidades autônomas, mesmo cumprindo fielmente com os compromissos que assumiram no negócio, venham a ter seus imóveis penhorados e leiloados, em virtude de um possível inadimplemento da incorporadora em relação à dívida que esta contraiu junto à instituição financeira. Entretanto, é preciso que se tenha em mente que os princípios sobre os quais se funda o direito civil nos dias atuais são diversos daqueles que serviram de base à formulação das noções mais clássicas do direito contratual no início do século XIX, podendo-se dizer que, hoje, a regulação das relações privadas sofre uma influência muito maior do direito constitucional do ocorria dois séculos atrás. Desse modo, o que se pretende, neste trabalho, é analisar a situação anteriormente descrita à luz de um paradigma constitucionalizado do direito dos contratos, utilizando-se como material de análise a jurisprudência que o Superior Tribunal de Justiça possui em torno do tema.

**Palavras-chave:** Hipoteca, Incorporação Imobiliária, Súmula nº 308 do Superior Tribunal de Justiça, Direito Civil Constitucionalizado, Direito dos Contratos, Direito das Coisas, Função Social do Contrato, Boa-fé Objetiva, Equilíbrio Contratual, Teoria das Redes Contratuais.

## ABSTRACT

It is true that the real estate developments are enterprises that exercise a highly important role in the guarantee of an appropriate satisfaction of the increasing population's demand for housing. However, no matter how great the benefits this kind of business may offer to society, the fact that the acquirers of these properties are clearly in a position of vulnerability inside the organization of this economic operation makes necessary a careful analysis of certain situations with the purpose of avoiding the commitment of serious injustices against these purchasers. One of these situations occurs when the real estate developer, with the aim of obtaining the necessary resources to perform his business venture, takes out a loan from a financial institution, offering, as a guarantee, the mortgage of the land where the buildings will be built. It turns out that the mortgage, as a rem guarantee, has *erga omnes* effectiveness, which allows initially that the acquirers of the housing units, even fulfilling all the commitments they have made in the course of the negotiations, may suffer with the garnishment and auction of their properties, by virtue of a possible default of the real estate developer in relation to the credit it received from the bank. Nevertheless, it is necessary to keep in mind that the principles which underpin the civil law nowadays are diverse from those which served as the basis for the formulation of the classic notions of contract law in the beginning of the 19<sup>th</sup> century. It can be said that, today, the regulation of private relationships is under a much bigger influence from the constitutional law in comparison to what used to occur two centuries ago. Therefore, what is intended in this paper is to analyze the situation described above in the light of a constitutionalized paradigm of contractual law, utilizing as the material of this analysis the case law of the Superior Court of Justice concerning the theme.

**Keywords:** Mortgage, Real Estate Development, Precedent No. 308 of the Superior Court of Justice, Constitutionalized Civil Law, Contractual Law, Property Law, Social Function of the Contract, Objective Good Faith, Contractual Balance, Contractual Networks Theory.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>1 O DIREITO CIVIL CONSTITUCIONALIZADO E OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS.....</b>	<b>13</b>
1.1 A NOÇÃO CLÁSSICA DE CONTRATO.....	13
1.1.1 A autonomia da vontade.....	14
1.1.2 A obrigatoriedade dos contratos.....	16
1.1.3 A relatividade dos contratos .....	16
1.2 O NOVO PARADIGMA DO DIREITO CONTRATUAL.....	17
1.2.1 A função social do contrato .....	20
1.2.2 O princípio do equilíbrio contratual.....	28
1.2.3 A boa-fé objetiva .....	35
1.2.4 Teoria das redes contratuais.....	46
<b>2 A HIPOTECA .....</b>	<b>58</b>
2.1 ORIGEM HISTÓRICA.....	58
2.1.1 As garantias reais no Direito romano.....	58
2.1.1.1 A <i>fiducia cum creditore</i> .....	59
2.1.1.2 O penhor ( <i>pignus datvm</i> ) .....	60
2.1.1.3 A hipoteca romana.....	60
2.2 A HIPOTECA NO DIREITO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO .....	62
2.2.1 Conceito .....	62
2.2.2 Características .....	63
2.2.3 Requisitos .....	65
2.2.4 Espécies.....	67
2.2.5 Extinção.....	68
<b>3. A INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA.....</b>	<b>72</b>
3.1 ASPECTOS HISTÓRICOS .....	72
3.2 CONCEITO .....	74
3.3 O INCORPORADOR IMOBILIÁRIO .....	75
3.4 A ATIVIDADE DE INCORPORAÇÃO .....	77
3.4.1 A aquisição do terreno .....	77
3.4.2 Elaboração do projeto e registro do memorial de incorporação .....	78
3.4.3 Contratação da construção.....	79
3.4.4 Comercialização das unidades.....	80
3.5 EXTINÇÃO DA INCORPORAÇÃO .....	81



<b>4 FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO, INCORPORAÇÕES E HIPOTECA: AS QUESTÕES ENFRENTADAS PELA SÚMULA Nº 308 DO STJ.....</b>	<b>84</b>
4.1 AS HIPOTECAS INSTITUÍDAS APÓS A ASSINATURA DOS COMPROMISSOS DE COMPRA E VENDA .....	85
4.2 HIPOTECA JÁ REGISTRADA QUANDO DA ASSINATURA DAS PROMESSAS DE COMPRA E VENDA .....	89
4.3 AS INCORPORAÇÕES REALIZADAS FORA DO SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO .....	98
4.4 A COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE O EXERCÍCIO DO DIREITO DE HIPOTECA NAS INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS E O PARADIGMA CONSTITUCIONALIZADO DO DIREITO CIVIL.....	104
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>112</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>118</b>

## INTRODUÇÃO

Não se pode negar que o modo como se dá a organização da vida em sociedade se traduz em algo irremediavelmente efêmero, estando sujeito a inevitáveis mudanças ocasionadas pelo simples decurso do tempo. Diante disso, torna-se imprescindível que o direito também acompanhe tal evolução social, procedendo a uma renovação dos princípios sobre os quais se funda, sob pena de pretender regular uma realidade que não mais existe. Partindo dessas premissas, a tarefa que se propõe realizar na presente monografia é a de identificar as alterações pelas quais o direito contratual tem passado nos últimos tempos, para que, uma vez compreendidas tais mudanças, seja possível aferir quais soluções o atual paradigma do direito civil tem a oferecer para problemas originados de relações jurídicas complexas, como aquelas que se dão no âmbito do negócio de incorporação imobiliária.

Mais especificamente, o que se pretende nesse trabalho é perquirir como devem ser resolvidos, à luz do novo paradigma do direito civil, os problemas que são gerados pela utilização do instituto da hipoteca como forma de garantia das operações de financiamento de incorporações imobiliárias, tendo em mente os efeitos nefastos que uma aplicação simplista e mecânica de certos institutos clássicos do direito civil pode acarretar aos adquirentes das unidades autônomas desses empreendimentos.

Pode-se dizer que uma das mais notáveis mudanças ocorridas na sociedade, ao longo do século XX, consiste em um exponencial crescimento na demanda da população por moradia. Uma das consequências desse fenômeno é que se passou a recorrer cada vez mais aos chamados condomínios edilícios, em especial, aqueles construídos na forma de prédios de apartamentos, como forma de solucionar o problema. Entretanto, para continuar atendendo satisfatoriamente a essa crescente demanda, foi necessário que os condomínios se tornassem cada vez maiores, sendo economicamente inviável que fosse necessário realizar a obra por inteiro do edifício para só depois comercializar os apartamentos do condomínio.

É nesse contexto que surge o instituto da incorporação imobiliária, que possui, como sua característica mais marcante, a possibilidade de o incorporador negociar as futuras unidades do empreendimento mesmo antes das obras do edifício começarem. No entanto, como normalmente o pagamento dos imóveis pelos adquirentes se dá de forma parcelada, a incorporadora precisa financiar sua obra através de empréstimos obtidos junto a instituições

financeiras, sendo muito comum que se conceda, como garantia dessa dívida, a hipoteca do terreno onde o futuro edifício será erguido.

O instituto da hipoteca se insere no rol dos chamados direitos reais de garantia, o que significa que a garantia hipotecária se vincula a uma coisa e não a uma pessoa, surgindo para o credor, em caso de inadimplemento, o direito de seqüela, que consiste no poder de perseguir o bem dado em garantia onde e com quem quer que esteja, para que tal coisa seja penhorada e posteriormente leiloadada, possuindo o credor hipotecário o direito de utilizar os recursos arrecadados nesse procedimento para satisfazer de forma preferencial seu direito de crédito. Observe-se que esse direito de seqüela produzirá efeitos mesmo que a propriedade do bem garantidor tenha sido transferida a outrem, pois se trata de garantia real, oponível *erga omnes*.

O grande problema surge, então, quando a incorporadora responsável pelo empreendimento, apesar de receber dos adquirentes os valores que estes se comprometeram a pagar em troca dos imóveis, não repassa tais recursos ao agente financeiro, tornando-se inadimplente em relação à dívida hipotecária que contraiu. Nesse caso, aplicando-se as instituições do direito civil do mesmo modo como foram concebidas há mais de dois séculos, a solução para o problema seria muito simples. O direito de hipoteca, desde que devidamente registrado, possui eficácia *erga omnes*, podendo ser oposto a qualquer um que esteja na posse do bem hipotecado. Nesse sentido, pouco importa que os adquirentes tenham firmado promessa de compra e venda com a incorporadora e tenham pagado a ela o preço integral devido pelas unidades autônomas, pois o direito pessoal que estes possuem não tem força para se sobrepor à eficácia *erga omnes* de um direito real de garantia.

Todavia, como dito, a sociedade dos dias de hoje não é a mesma do início do século XIX e, evidentemente, o direito aplicado a esse novo contexto social também não pode ser o mesmo que era aplicado naquela época. É preciso, desse modo, que se procure saber quais são os princípios que fundamentam o atual paradigma do direito civil, para que se possa descobrir qual tipo de solução é o mais adequado para resolver o problema exposto.

Na realização dessa tarefa, é indispensável que se estude o modo como o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem tratado de tais casos. Sabe-se que a referida corte, diante de situações como essa, tem relativizado a eficácia absoluta do direito de hipoteca, no intuito evitar que os compradores das unidades habitacionais sejam obrigados a suportar prejuízos manifestamente desproporcionais dentro desse negócio. Tal entendimento encontra-se atualmente bem consolidado na jurisprudência do STJ, como mostra o enunciado da Súmula

nº 308 desse tribunal: “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”.

Destarte, pretende-se atingir o objetivo proposto neste trabalho, primeiramente, analisando obras jurídicas que sejam relevantes para se entender qual papel é reservado ao direito civil dentro do atual ordenamento jurídico brasileiro, procurando-se, mais especificamente, descobrir sob quais princípios o direito dos contratos é regido nos dias de hoje. Feito isso, proceder-se-á a um estudo qualitativo de alguns julgados do STJ, pertinentes ao tema da monografia, com o intuito de expor os fundamentos jurídicos que embasaram os entendimentos ali externados pelo tribunal, buscando-se também fazer um paralelo entre o resultado desses julgamentos e as conclusões obtidas na primeira parte do trabalho.

Partindo-se desse planejamento, a monografia será estruturada em quatro capítulos. O primeiro deles será dedicado a uma análise do chamado direito civil constitucionalizado, tendo como foco os efeitos que essa constitucionalização das relações privadas produz nos princípios do direito contratual. Em um primeiro momento, o que será feito é discorrer sobre a noção jurídica clássica de contrato, examinando os princípios mais representativos dessa concepção, quais sejam: a autonomia da vontade, a obrigatoriedade dos contratos e a relatividade dos contratos. Após isso, pretende-se contrapor as ideias trabalhadas no tópico anterior com o que se entende por um novo paradigma dos contratos, que encontra fundamento em princípios como a função social do contrato, o equilíbrio contratual e a boa-fé objetiva. Além de analisar estes três princípios, também será realizado, nessa parte, um estudo sobre o fenômeno das redes contratuais, na medida em que este representa um assunto de grande relevância na busca de respostas para os problemas tratados neste trabalho.

O segundo capítulo, por sua vez, tem por escopo compreender melhor o milenar instituto da hipoteca. Inicialmente, o que se pretende é estudar um pouco sobre como se deu o surgimento dessa forma de garantia no contexto do Direito Romano, buscando-se expor os contornos mais básicos que a garantia hipotecária assumia naquela época. Realizada essa instrutiva análise histórica, ficará mais fácil estudar, no momento seguinte, o modo como o direito de hipoteca é tratado dentro do ordenamento jurídico pátrio. O objetivo dessa análise será fazer uma exposição, em linhas gerais, do conceito, características, requisitos, espécies e formas de extinção da garantia hipotecária brasileira.

Já o terceiro capítulo da monografia terá como tema o instituto da incorporação imobiliária, cujo estudo também se mostra de fundamental importância para a análise do problema proposto no presente trabalho. Nessa parte, o objetivo é compreender um pouco da dinâmica que existe por trás do negócio de incorporação imobiliária, discorrendo, de forma breve, sobre os sujeitos que estão envolvidos nesse tipo de empreendimento e sobre as atividades que são desenvolvidas dentro desse negócio.

O quarto e último capítulo terá, por fim, o objetivo de aplicar todo o conhecimento construído nos três capítulos anteriores na análise de alguns julgados do STJ, onde tenham sido enfrentados alguns dos problemas mais relevantes que podem surgir no contexto de incorporações financiadas por empréstimos hipotecários. Na primeira parte do capítulo, haverá uma tentativa de identificar as principais situações onde geralmente ocorrem os problemas citados, expondo-se as soluções que o STJ forneceu para tais casos e realizando-se uma comparação entre o entendimento apresentado pelo tribunal em seus julgados e o novo paradigma dos contratos, que foi analisado no primeiro capítulo. Após essa análise dos casos, serão tecidas algumas considerações acerca da compatibilidade entre o novo paradigma dos contratos e a efetividade da hipoteca como instrumento de garantia de créditos originados de financiamentos de incorporações imobiliárias. O que se tentará responder nesse tópico é se, mesmo dentro de um paradigma constitucionalizado do direito civil, é possível que a hipoteca continue sendo capaz de proteger satisfatoriamente os interesses econômicos dos agentes financeiros que recebem esse tipo de garantia das incorporadoras em seus contratos de financiamento.

## 1 O DIREITO CIVIL CONSTITUCIONALIZADO E OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

É fato que grandes transformações ocorreram no meio social desde o início do século XIX, época em que foram formuladas as noções mais clássicas do direito dos contratos. Tais alterações na organização da sociedade fizeram com que, naturalmente, surgissem novas demandas a serem atendidas pelo direito, que se viu obrigado a repensar seu conteúdo, em especial seus princípios, para poder acompanhar a evolução da vida social. Serão essas mudanças experimentadas pelo direito civil ao longo dos últimos dois séculos o objeto de estudo desse capítulo.

### 1.1 A noção clássica de contrato

O paradigma clássico dos contratos foi cunhado sob a égide dos ideais da Revolução Francesa e do Iluminismo, que serviram de base teórica ao Estado Liberal. Durante esse período, a preocupação que se tinha era a de se assegurar a igualdade de todos perante a lei, eliminando-se as divisões estamentais do antigo regime, e de se afirmar todos os indivíduos como livres, protegendo-os da ingerência estatal sobre seus negócios privados<sup>1</sup>.

Não havia, nesse sentido, comunicação alguma entre o direito civil e o direito constitucional, pois cada qual exercia sua função em separado<sup>2</sup>. A Constituição era aplicada no âmbito das relações entre o indivíduo e o Estado, servindo como limitação às arbitrariedades do poder político na vida dos cidadãos. Já o Código Civil seria como uma espécie de “constituição do homem comum, nas relações privadas”<sup>3</sup>. O que se exigia do Poder Público era apenas uma conduta de abstenção. Acreditava-se que, se os indivíduos pudessem pactuar livremente as condições de seus acertos, estaria garantida a justiça na relação entre os mesmos<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. 3 ed. São Paulo : Atlas, 2011. p. 111.

<sup>2</sup> AUGUSTIN, Sérgio; ALMEIDA, Ângela. Constitucionalização do direito civil e aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais às relações privadas. **Direitos fundamentais e justiça**, Porto Alegre, v. 4, n. 13, p. 141-162, out./dez. 2010. p. 144.

<sup>3</sup> LOBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. **Revista brasileira de direito civil, constitucional e relações de consumo**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 213-226, jan./mar. 2009. p. 214.

<sup>4</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 26-27; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *op. cit.* p. 111-112.

O Código Civil ocupava lugar central nesse panorama e tinha a pretensão de tipificar em sua completude as relações jurídicas que poderiam se dar entre os indivíduos<sup>5</sup>, deixando ao juiz apenas a mecânica tarefa de subsumir o fato à norma correspondente<sup>6</sup>. Os princípios, por terem conteúdo mais vago e genérico, eram relegados a uma função supletiva e de reforço retórico das regras codificadas. Procurava-se, dessa forma, elevar ao grau máximo o princípio da segurança jurídica<sup>7</sup>. Cultivava-se a noção de um direito civil imune à ação do tempo, que não se submetesse às contingências políticas e econômicas da sociedade<sup>8</sup>.

Estava configurada a ‘Era da Certeza’, na qual o código refletia a existência de um sistema fechado, que englobava a totalidade dos conceitos e regras da ordem jurídica, capazes de responder a toda e qualquer questão que se apresentasse.

Neste século, a ciência jurídica era baseada no positivismo científico, de acordo com o qual as normas jurídicas e sua aplicação deviam ser deduzidas exclusivamente a partir do sistema, dos conceitos e dos princípios doutrinários, sem que se fizesse qualquer consideração de ordem de valores ou objetivos extra-jurídicos, na tarefa de confirmar ou infirmar as soluções jurídicas.

Para os pandectistas, o ordenamento jurídico compreendia um sistema fechado (autônomo e coerente) de instituições e normas, e, por essa razão, independente da realidade social das relações da vida.

Tratava-se de um sistema pleno e rígido, onde todo caso jurídico podia ser enquadrado num determinado conceito, formulado hipoteticamente<sup>9</sup>.

Nesse período, o direito dos contratos era regido por três princípios básicos, a saber: autonomia da vontade, obrigatoriedade e relatividade.

### 1.1.1 A autonomia da vontade

Para entender a importância que a autonomia da vontade tinha no contexto do Estado Liberal, é preciso que sejam analisadas suas bases filosóficas, que foram lançadas, em sua maior parte, pelo pensamento iluminista nos séculos XVIII e XIX. A liberdade dos modernos,

---

<sup>5</sup> FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Os deveres contratuais gerais nas relações civis e de consumo**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 123.

<sup>6</sup> POMPEU FILHO, Roberto Nelson Brasil. Aspectos do princípio da boa-fé nos contratos. In: NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Contrato & Sociedade: princípios de direito contratual**. Curitiba: Juruá, 2004, v. 1. p. 77-79. p. 124.

<sup>7</sup> LOBO, Paulo. Os novos princípios contratuais. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008, p. 261-277. p. 263-264; STUART, Luiza Checchia. Liberdade contratual e o princípio da boa-fé. **Revista brasileira de direito civil, constitucional e relações de consumo**, São Paulo, v. 5, n. 19, p. 193-212, jul./set. 2013. p. 194-195.

<sup>8</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 8.

<sup>9</sup> SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. **Contornos Dogmáticos e eficácia da boa-fé objetiva: o princípio da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 88-89.

ao contrário da liberdade dos antigos, se traduzia no não-impedimento. Livre era aquele que podia deter, gozar e dispor de seus bens sem nenhuma intervenção externa, especialmente a do Estado<sup>10</sup>.

Para a doutrina iluminista, a autonomia da vontade era algo tão absoluto que só poderia vir a ser limitada por ela mesma. Até mesmo os poucos poderes que ao Estado era permitido exercer sobre os cidadãos somente eram justificados através da teoria contrato social, segundo a qual tais poderes eram originados do consentimento individual dos sujeitos submetidos a essa autoridade. Ocorria que essa mesma ideia era aplicada às relações entre iguais, significando que apenas o exercício da própria autonomia da vontade poderia impor limites à liberdade dos indivíduos<sup>11</sup>.

Outro construto teórico que serviu de base a essa elevação do princípio autonomia foi o pensamento kantiano. Para o filósofo alemão, as noções de moralidade e justiça estavam estreitamente vinculadas à garantia de liberdade ao indivíduo e, segundo ele, a ação livre só era possível quando este agia segundo a norma que fornecia a si mesmo através de sua racionalidade. Kant rejeitava, dessa forma, a regulamentação heterônoma do agir humano, privilegiando a autonomia individual<sup>12</sup>. Dizia ele que “quando alguém decide algo a respeito de um outro é sempre possível que este faça àquele algum tipo de injustiça, mas toda a injustiça é impossível quando ele decide por si próprio”<sup>13</sup>.

Ademais, a propriedade, dentro do ideário liberal-burguês, era tida, inclusive pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, como “...um direito inviolável e sagrado...”<sup>14</sup>. Essa condição da propriedade acabava por se transferir também à figura do contrato, que era o meio de obtenção e circulação dos bens<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup> AUGUSTIN, Sérgio; ALMEIDA, Ângela. Constitucionalização do direito civil e aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais às relações privadas. **Direitos fundamentais e justiça**, Porto Alegre, v. 4, n. 13, p. 141-162, out./dez. 2010. p. 144.

<sup>11</sup> NEGREIROS, Teresa. *op. cit.* p. 26.

<sup>12</sup> SANDEL, Michael J. **Justice: what's the right thing to do?**. 1 ed. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009; PAULA, Lucimar de. A problemática da aplicação do princípio da autonomia privada nas relações contratuais contemporâneas. In: NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Contrato & Sociedade: princípios de direito contratual**. Curitiba: Juruá, 2004, v. 1. p. 77-79.

<sup>13</sup> KANT, Immanuel. Metafísica dos costumes. In NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.27.

<sup>14</sup> Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: Artigo 17º- Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob condição de justa e prévia indenização.

<sup>15</sup> LOBO, Paulo. Os novos princípios contratuais. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008, p. 261-277. p. 264-265.



Assim, firme nesses ideais, a autonomia da vontade reinava soberana no mundo do contratos, onde os indivíduos gozavam de uma liberdade de contrato e uma liberdade contratual quase irrestritas. A liberdade de contrato era representada pelo poder de escolher entre celebrar ou não determinado contrato. Já a liberdade contratual estava relacionada à possibilidade de as partes definirem livremente o conteúdo e as condições do acordo<sup>16</sup>.

### 1.1.2 A obrigatoriedade dos contratos

Era também princípio fundamental nessa época a obrigatoriedade dos contratos, que podia ser traduzida na expressão latina *pacta sunt servanda*. Por força desse adágio, uma vez realizado o acordo de vontades entre os contratantes, estes passavam a se vincular de maneira irrevogável aos termos do pacto. Dizia-se, então, que o contrato fazia lei entre as partes e, como tal, deveria ser minuciosamente respeitado em todas as suas disposições<sup>17</sup>.

O fundamento teórico dessa obrigatoriedade repousava sobre a liberdade e igualdade formal de que gozavam os indivíduos. Se estes, sendo livres e iguais, foram capazes de chegar a um consenso, presume-se justo seu conteúdo, não havendo nada que algum deles possa alegar para se furtar ao fiel cumprimento do pacto<sup>18</sup>.

Assim, a intervenção que se requeria do Poder Judiciário nesse contexto não era no sentido de analisar a justeza dos termos da avença, mas apenas de confirmar a obrigatoriedade de seu conteúdo, garantindo o adimplemento de ambas as partes<sup>19</sup>. Vigorava, então, a chamada intangibilidade dos contratos, que era consequência direta do princípio da obrigatoriedade<sup>20</sup>.

### 1.1.3 A relatividade dos contratos

Como consequência do profundo individualismo dominante no Estado Liberal, era também inconcebível que o contrato pudesse produzir efeitos em relação a indivíduos que não

---

<sup>16</sup> BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 53-54.

<sup>17</sup> *ibidem*. p. 51-52.

<sup>18</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. 3 ed. São Paulo : Atlas, 2011. p. 110.

<sup>19</sup> *ibidem*. p. 110.

<sup>20</sup> BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *op. cit.* p. 57.

tivessem tomado parte no acordo de vontades realizado. Valia a máxima do *res inter alios acta allis nec nocet nec prodest*, o que significava que “os atos dos contratantes não aproveitam nem prejudicam terceiros”<sup>21</sup>.

## 1.2 O novo paradigma do direito contratual

Não se pode negar que a liberdade individual e a igualdade formal, conquistas do modelo político liberalista, representaram um grande avanço em relação ao Estado Absolutista. No entanto, a sociedade, naturalmente, não parou no tempo. Eventos históricos como a Revolução Industrial e as duas grandes guerras mundiais provocaram profundas alterações sociais e econômicas, que implicaram no surgimento de novas demandas ao direito<sup>22</sup>.

A autonomia da vontade, que, antes, era vista como expressão máxima da liberdade e igualdade dos indivíduos, agora, era utilizada como instrumento de exploração da parte social e/ou economicamente mais fraca. Percebeu-se que a liberdade de contratar e a liberdade contratual eram ilusórias frente à extrema desigualdade material entre as partes, que se apresentava na imensa maioria das relações contratuais. Os bens eram produzidos em massa e o consumidor, que só podia ter acesso a eles através de contratos pré-estabelecidos – que eram os chamados contratos de adesão – se mostrava indefeso<sup>23</sup>.

A sociedade que servira de base ao paradigma liberal e os seus fundamentos ideológicos já se mostravam obsoletos no despontar do século XX<sup>24</sup>. Estava evidente a necessidade do retorno da intervenção estatal nos negócios privados. Dessa vez, não para atender aos caprichos da nobreza absolutista, mas sim para amenizar as graves injustiças decorrentes da aplicação irrestrita dos princípios contratuais liberais<sup>25</sup>.

Assim, pode-se apontar a Constituição alemã de Weimar como o ápice dessa transição do Estado Liberal para o novo modelo representado pelo Estado Social, onde à dimensão política, típica das Constituições liberais, acrescentou-se a regulamentação da ordem social e

---

<sup>21</sup> FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Os deveres contratuais gerais nas relações civis e de consumo**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 147-148.

<sup>22</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. 3 ed. São Paulo : Atlas, 2011. p. 111.

<sup>23</sup> BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 45-46.

<sup>24</sup> LOBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. **Revista brasileira de direito civil, constitucional e relações de consumo**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 213-226, jan./mar. 2009. p. 213

<sup>25</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *op. cit.* p. 111.

da ordem econômica. O Estado deixa de se organizar apenas em torno do indivíduo e passa a se preocupar também com a sociedade como um todo<sup>26</sup>.

A figura do indivíduo, entendido na doutrina liberal como um ser abstrato, desprovido de características próprias e de historicidade, dá lugar à pessoa, concreta e situada numa posição que lhe é peculiar no âmbito social<sup>27</sup>. Antes, se enxergava o contrato como acordo de vontades entre indivíduos formalmente iguais, hoje, este é visto como uma relação entre padrões e empregados, estipulantes e aderentes, profissionais e leigos, fornecedores e consumidores<sup>28</sup>. Reduziu-se, assim, a disparidade que havia entre o mundo jurídico e a realidade que este se propunha a regular.

O papel transformador que a Constituição oferece às relações privadas apresenta relevantes consequências na tutela da pessoa humana, garantida constitucionalmente, em detrimento ao sujeito de direito, modelo do Código Civil. Saliente-se que não se trata de uma mera troca de *etiquetas*, mas de uma alteração que tem um significado profundo: do sujeito de direito (construído à luz de uma racionalidade prática que tencionava atribuir uma situação de igualdade perante todos) passa-se a considerar a pessoa humana, não mais como um ente abstrato, genérico e formal, mas na sua dimensão concreta e real, detentora de valores, sentimentos, qualidades, emoções. A pessoa integrada à sociedade a qual faz parte, sendo uma peça-chave nessa engrenagem. (grifo do autor)<sup>29</sup>

Esse viés socializante e protetivo está presente em grande medida na atual Constituição brasileira, de 1988, que tem, como sua característica marcante, a elevação da dignidade da pessoa humana ao patamar de princípio fundamental<sup>30</sup>.

Com essa mudança de paradigma, o Código Civil, que, antes, pretendia funcionar como um sistema fechado de regulação das relações privadas, agora, se vê incapaz de lidar com a crescente complexidade do meio social<sup>31</sup>. Surgem, para atender às novas demandas, os chamados “microssistemas jurídicos pluridisciplinares”<sup>32</sup>, de são exemplos o direito do consumidor, o direito ambiental e os direitos da criança, do adolescente e do idoso. Desse modo, o código perde a capacidade de figurar como elemento central unificador do sistema

---

<sup>26</sup> STUART, Luiza Checchia. Liberdade contratual e o princípio da boa-fé. **Revista brasileira de direito civil, constitucional e relações de consumo**, São Paulo, v. 5, n. 19, p. 193-212, jul./set. 2013. p. 195.

<sup>27</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 4-5.

<sup>28</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. 3 ed. São Paulo : Atlas, 2011. p. 112;

<sup>29</sup> RENNERT, Rafael. **Novo direito contratual**: a tutela do equilíbrio contratual no novo Código Civil. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2007. p. 38.

<sup>30</sup> STUART, Luiza Checchia. *op. cit.* p. 196.

LOBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. **Revista brasileira de direito civil, constitucional e relações de consumo**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 213-226, jan./mar. 2009. p. 214.

<sup>31</sup> POMPEU FILHO, Roberto Nelson Brasil. Aspectos do princípio da boa-fé nos contratos. In: NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Contrato & Sociedade**: princípios de direito contratual. Curitiba: Juruá, 2004, v. 1. p. 77-79. p. 124-125.

<sup>32</sup> LOBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. **Revista brasileira de direito civil, constitucional e relações de consumo**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 213-226, jan./mar. 2009. p. 213.

civil e passa a caber à Constituição o papel de fornecer as diretrizes e as normas fundamentais do direito civilista<sup>33</sup>.

Também como consequência disso, o Direito Civil passou a abrir espaço para a aplicação de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados<sup>34</sup>. Percebeu-se que a garantia da segurança jurídica não deveria ser perseguida a todo o custo, devendo ser mitigada em nome de uma maior justiça das decisões judiciais<sup>35</sup>. Na interpretação da legislação civil, perdeu força a literalidade das disposições e a preocupação passou a ser a de como aplicar a lei de uma forma se vissem satisfatoriamente contemplados na sentença aqueles princípios fundamentais expressos na Constituição<sup>36</sup>. Rafael Renner, citando o jurista italiano Guido Alpa<sup>37</sup>, discorre sobre os principais aspectos desse novo paradigma:

Guido Alpa também menciona, em lista meramente exemplificativa, os aspectos que considera mais relevantes na teoria contratual contemporânea: i) a importância dada ao *status* do contratante; ii) a relevância dos meios internos de controle do conteúdo contratual, através da causa, forma e objeto; iii) a aplicação de critérios de justiça contratual, levando em conta os valores da pessoa e o equilíbrio na troca; iv) a utilização de cláusulas gerais para controle do comportamento das partes nas fases pré, contratual e pós-contratual; v) a adaptação do contrato às circunstâncias supervenientes; a codificação social de certas fórmulas contratuais internacionais; e vi) a solução de conflitos contratuais através de formas alternativas de resolução de litígios, tais como a mediação, a arbitragem e a conciliação.<sup>38</sup>

Diante disso, os princípios contratuais clássicos, embora de modo algum tenham sido excluídos do ordenamento jurídico brasileiro, tiveram sua aplicabilidade limitada pelos novos valores constitucionais. Tais princípios liberais tinham como pressupostos a liberdade e a igualdade entre as partes e exprimiam uma visão individualista da sociedade, condições que não mais representavam a realidade social do final do século XX.

Surgiram, assim, novos princípios contratuais, dentre os quais se destacam a função social do contrato, o equilíbrio econômico e a boa-fé objetiva.

---

<sup>33</sup> POMPEU FILHO, Roberto Nelson Brasil. Aspectos do princípio da boa-fé nos contratos. In: NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Contrato & Sociedade**: princípios de direito contratual. Curitiba: Juruá, 2004, v. 1. p. 77-79. p. 126-127.

<sup>34</sup> STUART, Luiza Checchia. Liberdade contratual e o princípio da boa-fé. **Revista brasileira de direito civil, constitucional e relações de consumo**, São Paulo, v. 5, n. 19, p. 193-212, jul./set. 2013. p. 196.

<sup>35</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. 3 ed. São Paulo : Atlas, 2011. p. 112; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Os deveres contratuais gerais nas relações civis e de consumo**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 147-148;

<sup>36</sup> FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *op. cit.* p. 108-113.

<sup>37</sup> ALPA, Guido. Les nouvelles frontières du droit des contrats. In: RENNER, Rafael. **Novo direito contratual**: a tutela do equilíbrio contratual no novo Código Civil. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2007.

<sup>38</sup> RENNER, Rafael. **Novo direito contratual**: a tutela do equilíbrio contratual no novo Código Civil. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2007. p. 42.

### 1.2.1 A função social do contrato

O princípio da função social do contrato deriva da noção simples, mas que por muito tempo foi rejeitada pela doutrina civilista, de que o contrato não constitui uma relação que interessa unicamente àqueles que nele manifestaram sua vontade. Ao revés, este se encontra inserido em um contexto muito mais amplo, sendo capaz de gerar reflexos em todo o meio social em que se encontra<sup>39</sup>. Nas palavras de Miguel Reale: “O contrato é um elo que, de um lado, põe o valor do indivíduo como aquele que o cria, mas, de outro lado, estabelece a sociedade como o lugar onde o contrato vai ser executado e onde vai receber uma razão de equilíbrio e medida”<sup>40</sup>. É desse tipo de construção teórica que se extraem os fundamentos do princípio da função social do contrato.

Essa ideia de submeter instrumentos jurídicos que, à primeira vista, parecem servir a interesses primordialmente individualistas à necessidade do cumprimento de uma função social teve início estando relacionada ao direito de propriedade. Já na Idade Média, é possível encontrar escritos de São Tomás de Aquino atestando que a propriedade não deveria funcionar como um “bem inserido na riqueza de alguém, sem outra finalidade que não a especulativa”, mas que deveria estar adstrito a uma “função social, isto é, uma preocupação com o bem-estar comum, de modo a conduzir seu uso às melhores formas de justiça social”<sup>41</sup>.

No âmbito jurídico, esse tipo de pensamento acabou sendo repudiado durante a Idade Moderna, uma vez que não se coadunava com os ideais individualistas que à época vigoravam. Apenas com o declínio do Estado Liberal e a ascensão do Estado Social é que se começou a se defender novamente a necessidade de que o exercício do direito de propriedade, além de atender aos interesses de seu titular, estivesse em consonância também com os interesses sociais que se mostrassem presentes no caso.

A partir daí, não demorou muito até que os juristas e legisladores percebessem que essa vinculação a uma finalidade social deveria se irradiar a outros institutos do direito privado, em especial, àqueles que dizem respeito aos contratos<sup>42</sup>. Assim, o Código Civil de 2002, de maneira inovadora, consagrou, em seu art. 421, o condicionamento do exercício da

---

<sup>39</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 208.

<sup>40</sup> REALE, Miguel. O projeto do Código Civil. *apud* LOBO, Paulo. Os novos princípios contratuais. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008, p. 261-277. p. 270..

<sup>41</sup> BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 61.

<sup>42</sup> *ibidem*. p. 62.

liberdade contratual à consecução de uma função social: “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

Tal dispositivo claramente se vincula a um paradigma constitucionalizado do direito contratual na medida em que enxerga o contrato como um instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana<sup>43</sup>, princípio que constitui um dos fundamentos da República Brasileira<sup>44</sup>.

A dignidade da pessoa humana pode ser entendida como a visão segundo a qual o ser humano é um valor absoluto, no sentido de que este constitui um fim em si mesmo, não podendo jamais ser reduzido a um mero instrumento para qualquer fim que seja<sup>45</sup>. Trata-se de se conferir dignidade à pessoa, não por sua posição social ou econômica, mas por sua simples condição humana<sup>46</sup>, o que significa dizer que esta “não é concedida à pessoa, é um atributo natural que se relaciona à sua essência”<sup>47</sup>. A dignidade é, aliás, mais do que um mero atributo do indivíduo, pois “se entranha e se confunde com a própria natureza do ser humano”<sup>48</sup>.

Desse modo, tal princípio significa colocar a pessoa como centro do ordenamento jurídico, fazendo com que todo o direito só se justifique em função do ser humano<sup>49</sup>. De acordo com Alexandre de Moraes:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos<sup>50</sup>.

Deve-se observar ainda que o princípio da dignidade impõe tanto deveres negativos quanto positivos. Os primeiros são os que obrigam não só o Estado mas também toda a sociedade a respeitar a dignidade de todas as pessoas, se abstendo de praticar condutas que

---

<sup>43</sup> ROSENVALD, Nelson. A função social do contrato. In: HIRONAKA, Giselda M. F. N., TARTUCE, Flávio (orgs.). **Direito contratual: temas atuais**. São Paulo: Método, 2007. p. 82.

<sup>44</sup> Constituição Federal:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)  
III - a dignidade da pessoa humana;

<sup>45</sup> SILVA, José Afonso da. Dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 7.

<sup>46</sup> ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 7-8.

<sup>47</sup> SILVA, José Afonso da. *op. cit.* p. 7.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>49</sup> ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 8.

<sup>50</sup> MORAES, Alexandre. Constituição do Brasil interpretada. In: ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 9.

possam trazer prejuízo a ela. Já os deveres positivos relacionam-se com a necessidade de fornecer os recursos materiais e morais necessários a que todos possam desenvolver plenamente os atributos de sua personalidade, de sua existência<sup>51</sup>.

Aplicado ao âmbito do direito contratual, a dignidade da pessoa humana demonstra estar em constante tensão com o princípio da liberdade, o que pode ser detectado com clareza no célebre caso enfrentado pela jurisprudência francesa acerca do espetáculo de “arremesso de anões”. O que ocorria era que uma casa de espetáculos tinha, como uma de suas atrações, o arremesso de anões sobre um colchão para divertimento de seus clientes. Tal prática, no entanto, foi proibida pelo Judiciário francês, que enxergou ali uma violação da dignidade do anão que era arremessado<sup>52</sup>.

O que é interessante no caso é que, durante processo, o anão se aliou como litisconsorte à casa de espetáculos, defendendo seu direito de participar daquele tipo de atividade se assim desejasse, o que, no entanto, não impediu a corte de decidir pela proibição daquela prática. Isso vem a demonstrar que o elemento axiológico da dignidade da pessoa humana pode ser tutelado mesmo em face de seu titular, o que faz todo sentido quando se enxerga a dignidade como algo irrenunciável, na medida em que um indivíduo, mesmo que queira, não pode se desvencilhar de sua condição de ser humano<sup>53</sup>.

A decisão judicial em comento, apesar de muito festejada pela doutrina, acabou por sofrer também críticas, no sentido de que se estaria, na verdade, tolhendo o direito de livre desenvolvimento da personalidade do anão, submetendo-o a julgamentos morais por parte da opinião pública<sup>54</sup>.

Tais críticas, no entanto, não procedem, porque a noção de vida digna não se confunde com a de vida moral. Quando esse caso foi decidido, o objetivo do tribunal não era o de moralizar a conduta daqueles indivíduos segundo os preceitos vigentes naquela comunidade. O que se pretendia era tão somente exigir que aquele ser humano fosse tratado como um fim em si mesmo e não como um mero meio para diversão de outros indivíduos.

---

<sup>51</sup> ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 9.

<sup>52</sup> *ibidem*, p. 10.

<sup>53</sup> *ibidem*, p. 10-11.

<sup>54</sup> CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa: conceito fundamental do direito civil. In: ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 11.

Ainda sobre esse conflito dignidade *versus* liberdade, cabe reproduzir aqui as palavras de Teresa Negreiros que, ao comentar sobre a Lei inglesa que, em 1850, tornou compulsória a ligação de todas as residências à rede de esgoto, disse que

...o que há de diverso na tutela da dignidade da pessoa quando comparada à tutela da liberdade do indivíduo é, precisamente, o fato de que, enquanto esta última se dá em termos formais, a primeira se materializa em atenção às concretas necessidades humanas, cuja satisfação integra o substrato da dignidade da pessoa humana<sup>55</sup>.

Outro princípio, que se encontra intimamente atrelado ao da dignidade da pessoa humana, e que também dá fundamento ao princípio da função social do contrato e a solidariedade social<sup>56</sup>. A solidariedade como valor social deriva da ideia de que o ser humano só existe em sua plenitude na sua convivência com outros seres humanos. A pessoa, para existir, precisa coexistir com outros indivíduos. As relações que o indivíduo mantém com aqueles que estão ao seu redor fazem parte de quem ele é, são elementos constitutivos de sua essência. Apesar de cada ser humano ser único em sua individualidade, nenhum indivíduo é completo em si mesmo, ninguém é capaz de funcionar como uma “microcélula autônoma, auto-suficiente e auto-subsistente”<sup>57</sup>. Como mostra Maria Celina Bodin de Moraes:

O princípio da solidariedade é, pois, também um fato social, na medida em que não se pode conceber o homem sozinho – como o mito de Robinsón Crusóe na ilha deserta quis fazer crer. Somente se pode pensar no indivíduo como inserido na sociedade, isto é, como parte de um tecido social mais ou menos coeso em que a interdependência é a regra e, portanto, a abertura em direção ao outro, uma necessidade. Ser solidário, assim, é partilhar, ao menos, uma mesma época, e neste sentido, uma mesma história. Desta solidariedade de fato, objetiva, já se disse que ela é o que permite distinguir ‘uma sociedade de uma multidão’<sup>58</sup>.

Note-se que o princípio da solidariedade não se confunde com caridade ou com qualquer espécie de sentimento fraternal. Ninguém pode ser juridicamente obrigado a praticar atos beneficentes ou a nutrir sentimentos fraternos em relação aos que estão à sua volta, pois tais ações constituem liberalidades. A solidariedade, porém, se traduz em um dever jurídico constitucional, que estatui a obrigação de agir segundo o entendimento de que todas as pessoas possuem igual dignidade e assim devem ser tratadas<sup>59</sup>. Trata-se de um dever imposto pela Constituição que vincula a todos os indivíduos e entidades que a ela se submentem seja na esfera pública ou privada.

---

<sup>55</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 17

<sup>56</sup> *ibidem*, p. 209.

<sup>57</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008, p. 232-260. p. 236.

<sup>58</sup> *ibidem*. p. 236-237

<sup>59</sup> *ibidem*. p. 240-241.



No texto constitucional brasileiro, pode-se apontar, como expressão do princípio da solidariedade, o disposto nos incisos I e III de seu art. 3º, que afirmam serem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, o que encontra também reforço no fato de a dignidade da pessoa humana figurar, como já dito, como um dos fundamentos da república brasileira. “O princípio constitucional da solidariedade identifica-se, desse modo, com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva livre e justa, sem excluídos ou marginalizados”<sup>60</sup>. Além dos já citados, existem ainda outros dispositivos que corroboram o princípio da solidariedade social na Constituição Federal, como demonstra Antonio Junqueira de Azevedo:

A ideia de ‘função social do contrato’ está claramente determinada pela Constituição, ao fixar, como um dos fundamentos da República, ‘o valor social da livre iniciativa’ (art. 1º, IV), essa disposição impõem, ao jurista, a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade e essa asserção, por força da Constituição, faz parte, hoje, do ordenamento positivo brasileiro – de resto, o art. 170, caput, da Constituição da república, de novo, salienta o valor geral, para a ordem econômica da livre iniciativa (...) <sup>61</sup>.

Compreendendo a essência da noção de solidariedade, torna-se mais fácil entender a lógica por trás do comando exarado pelo art. 421 do Código Civil – que obriga a que as partes atinjam uma função social em seus contratos – pois tal obrigação passa a fazer todo o sentido quando se enxerga a sociedade enquanto “comunidade de interesses”<sup>62</sup>.

Tal dispositivo representa a consolidação, no ordenamento brasileiro, da instrumentalização das relações contratuais, no sentido de lhes conferir a tarefa de promover valores como a justiça, o valor social da livre iniciativa, a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social.

Tal como sugeriu Norberto Bobbio<sup>63</sup>, ainda na década de 1970, a passagem da estrutura à função indica que a liberdade dos privados é circunscrita pelos valores

---

<sup>60</sup> *ibidem*. p. 243.

<sup>61</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios de novo direito contratual e desregulamentação do mercado, direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento, função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. In: SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. **Contornos Dogmáticos e eficácia da boa-fé objetiva**: o princípio da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 85-86.

<sup>62</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008, p. 232-260. p. 241.

<sup>63</sup> BOBBIO, Norberto. Dalla struttura alla funzione. In: ROSENVALD, Nelson. A função social do contrato. In: HIRONAKA, Giselda M. F. N., TARTUCE, Flávio (orgs.). **Direito contratual**: temas atuais. São Paulo: Método, 2007. p. 85.

constitucionais, afim de que o negócio jurídico seja um espaço promocional de determinados fins reputados como valiosos pelo corpo social.

Observe-se ainda que essa função social não se traduz em um mero limite à liberdade de contratar. Ela se configura também na razão de ser do contrato<sup>64</sup>. Não se pode dizer, então, que, dentro das limitações impostas pela função social, exista um núcleo onde a autonomia privada seja livre para ser exercida unicamente em favor de interesses individuais. Todo e qualquer exercício da liberdade contratual deverá necessariamente possuir, ao lado do interesse individual, o objetivo de realizar uma função social<sup>65</sup>.

Assim, o contrato, que, antes, possuía tão somente funções econômicas (ao permitir a circulação de riquezas) e regulatórias (ao fixar direitos e obrigações entre as partes contratantes), agora, também funciona como meio de atendimento a interesses da sociedade<sup>66</sup>. “O direito se desliga do seu compromisso meramente sancionatório e postula um papel de incentivo ao diálogo entre a ordem econômica e as finalidades programáticas do ordenamento”<sup>67</sup>.

Nelson Rosenvald afirma ser possível fazer distinção entre o que ele chama de função social do contrato interna e função social do contrato externa. Numa perspectiva interna, o princípio da função social se relaciona à garantia do equilíbrio contratual, uma vez que seu rompimento é capaz de gerar reflexos que extrapolam o mero interesse individual das partes. É o que também defende Mônica Bierwagen quando diz que o simples fato de uma avença ser estabelecida em um contexto de assimetria entre os contratantes, onde um deles possui poder para impor suas condições em detrimento da outra parte, já é suficiente para violar o princípio da função social do contrato. Diz ela que o abuso do mais forte contra o mais fraco no âmbito contratual, quando visto por uma perspectiva mais ampla, é considerado fato causador de desequilíbrios sociais que terminam por afetar toda a coletividade, sendo de seu interesse coibir tais injustiças<sup>68</sup>.

Pode ocorrer, no entanto, que a violação do princípio da função social não nasça no interior da relação contratual, se dando, ao revés, nas relações existentes entre o contrato e os

---

<sup>64</sup> MANCEBO, Rafael Chagas. **A função social do contrato**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 17.

<sup>65</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008, p. 232-260. p. 247;

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 210-211

<sup>66</sup> BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 63.

<sup>67</sup> ROSENVALD, Nelson. A função social do contrato. In: HIRONAKA, Giselda M. F. N., TARTUCE, Flávio (orgs.). **Direito contratual: temas atuais**. São Paulo: Método, 2007. p. 82.

<sup>68</sup> BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 66-67.

sujeitos externos a ele. A primeira hipótese em que isso pode ocorrer é quando o contrato prejudica interesses que pertencem à coletividade de modo geral, sendo de difícil individualização. São os chamados interesses metaindividuais, que podem ser violados, por exemplo, quando uma empresa contrata um escritório de publicidade com objetivo de produzir uma propaganda de cunho discriminatório, ou, então, quando se contrata a edificação de um prédio em uma área de preservação ambiental. É certo que, nos casos citados, existem normas mais específicas para coibir tais práticas, algumas trazendo inclusive a possibilidade de responsabilização penal de seus agentes. Contudo, é possível afirmar que também seria perfeitamente possível a impugnação de tais contratos tão somente com base no princípio da função social do contrato, na medida em que tais avenças ofendem valores reconhecidamente caros ao corpo social.

Pode-se dizer ainda que o princípio da função social exerce importante papel no modo como o direito enxerga as relações que se dão entre as partes contratuais e terceiros não participantes do negócio. Numa visão civilista clássica, não se poderia admitir que a realização de um contrato pudesse engendrar o surgimento de direitos e deveres que extrapolem o âmbito da relação jurídica contratual. Entretanto, é certo que terceiros podem ser prejudicados por contratos alheios, podendo da mesma forma vir a prejudicar a execução de acordos de que não tomaram parte<sup>69</sup>. Como tais práticas constituem condutas nocivas ao meio social, o princípio da função social do contrato também pode ser utilizado como instrumento jurídico no combate a esse tipo de comportamento.

Neste sentido, cogita-se de uma possível reestruturação no conceito clássico de “parte”, que, para alguns<sup>70</sup>, deixa de se vincular exclusivamente àqueles que manifestam seu consentimento, passando a abranger também “todos aqueles aos quais o contrato concerne como instrumento de respeito das previsões e de realização da justiça comutativa, isto é, não somente os contratantes mas também os participantes no mesmo grupo de contratos”<sup>71</sup>.

Cabe, no entanto, fazer uma ressalva em relação a esse tipo de entendimento, pois parece mais adequado afirmar simplesmente que o contrato, por força do princípio da função

---

<sup>69</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 232.

<sup>70</sup> Teresa Negreiros aponta, como principal exemplo desse tipo de entendimento, o trabalho da jurista francesa Mireille Bacache-Gibelli.

<sup>71</sup> BACHACE-GIBELLI, Mireille. **La relativité des conventions et les groups de contrats**. In: NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 235

Trata-se de tradução livre de Teresa Negreiros. Trecho original: “Sont ‘parties’ tous qui sont concernés par le contrat comme instrument de respect des prévisions et réalisation de la justice commutative, c’est-à-dire non seulement les cocontractants mais les participants au même groups de contrats”

social, passa a ser oponível também a terceiros, o que, no entanto, não justificaria lançar contratantes e terceiros em um mesmo conceito de “parte”, uma vez que tais figuras continuam a exercer papéis muito distintos no contexto de um contrato. O contratante tem a obrigação de adimplir a obrigação contratualmente prevista, já o terceiro tem o dever apenas de respeitar a existência dessas obrigações, se abstendo de prejudicar seu cumprimento. Daí a importância de não se misturar em um só conceito as partes do contrato e os terceiros a quem o contrato pode ser oposto.

Como exemplo de conduta de terceiro passível de impugnação por meio do princípio da função social, pode-se citar a distribuidora de combustível que contrata com determinado posto, mesmo sabendo que este se encontra vinculado à bandeira de outra distribuidora e que com ela possui contrato de exclusividade. Este tipo de prática, numa concepção clássica do direito contratual, acarretaria responsabilização apenas de quem assinou e depois violou o contrato de exclusividade (posto de combustível). Porém, à luz do novo paradigma civilista, passa-se a se considerar a possibilidade de que aquele que contribuiu para o inadimplemento (distribuidora que assinou o contrato posterior) seja também alvo de responsabilização, através do entendimento de que, pelo princípio da função social do contrato e da solidariedade, os terceiros não podem se comportar sem levar em consideração os efeitos negativos que seus atos acarretam aos contratos alheios<sup>72</sup>.

Este caso é interessante porque, através dele, é possível visualizar tanto o terceiro atuando como ofensor quanto o terceiro figurando como vítima do contrato. Pode-se dizer que a distribuidora que aliciou o posto de combustível, instigando-o a quebrar seu contrato de exclusividade, agiu como terceiro ofensor desse contrato. Já a distribuidora lesada, em relação ao contrato firmado posteriormente entre o posto e a segunda distribuidora, ocupou a posição de terceiro ofendido.

Esse mesmo tipo de construção teórica pode ser utilizada ainda como fundamentação para a atribuição de responsabilidade ao fabricante pelos danos que seu produto vier a causar ao consumidor final, mesmo que não haja, no sentido clássico, uma relação contratual entre eles, o que é feito pelo Código de Defesa do Consumidor nos termos de seu art. 12<sup>73</sup>. Essa

---

<sup>72</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 245.

<sup>73</sup> Código de Defesa do Consumidor:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

responsabilização está também bastante relacionada com a teoria das redes contratuais, tema que será abordado posteriormente nesse capítulo.

Diante de todo o exposto, percebe-se que, em suma, a função social do contrato objetiva condicionar a utilidade econômica visada pelas partes em seus contratos às aspirações éticas do ordenamento jurídico brasileiro<sup>74</sup>. É o que demonstra Antônio Junqueira de Azevedo quando diz que:

Não é possível que, ao final do século XX, os princípios do direito contratual se limitem àqueles da *survival of the fittest*, ao gosto de Spencer, no ápice do liberalismo sem peias; seria *fazer tabula rasa* de tudo que ocorreu nos últimos cem anos. A atual diminuição do campo de atuação do Estado não pode significar a perda da noção conquistada com tantas revoluções, de harmonia social. O alvo, hoje, é o equilíbrio entre sociedade, Estado e indivíduo. O contrato não pode ser considerado como um ato que somente diz respeito às partes; do contrário, voltaríamos a um capitalismo selvagem, em que a vitória é dada justamente ao menos escrupuloso. Reduzido o Estado, é preciso, agora, saber harmonizar a liberdade individual e a solidariedade social. É grande, nessa função, o papel do Poder Judiciário; por isso, devem ser atuados, com a habilidade dos prudentes, os novos princípios do direito contratual – o da boa fé e o da função social, em relação à coletividade e a terceiros.<sup>75</sup>

### 1.2.2 O princípio do equilíbrio contratual

O contrato, numa perspectiva liberal, não concebia como possível a análise jurídica do equilíbrio entre as prestações avençadas entre partes, pois se acreditava que não cabia ao direito fazer esse tipo de juízo. Realizar esse tipo de tarefa seria afrontar o princípio da autonomia da vontade, tolhendo o direito de liberdade dos indivíduos.

Essa possibilidade de usar, gozar e dispor livremente do que é seu, que, por tantas vezes, foi negada aos indivíduos pelo Antigo Regime, tomava uma dimensão tão grande no contexto liberal que era considerada como elemento constitutivo da dignidade social. Tentar interferir no modo como alguém exercia seus poderes de proprietário era atentar contra a dignidade daquele indivíduo<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> ROSENVALD, Nelson. A função social do contrato. In: HIRONAKA, Giselda M. F. N., TARTUCE, Flávio (orgs.). **Direito contratual: temas atuais**. São Paulo: Método, 2007. p. 87.

<sup>75</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Princípios de novo direito contratual e desregulamentação do mercado, direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento, função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual**. In: NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 250.

<sup>76</sup> CORDEIRO, Eros Belin de Moura. **Da revisão dos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 49-52.

Nessa época, o direito se limitava a garantir a igualdade formal dos indivíduos perante a lei e acreditava-se que isso seria suficiente para garantir o devido equilíbrio do conteúdo contratual. Boa parte da fundamentação teórica desse modo de pensar pode ser atribuída à filosofia de Immanuel Kant, para quem a moralidade estaria intrinsecamente vinculada à noção de autonomia. O agir moral não poderia, segundo ele, ser atingido através da obediência a uma norma externa, mas somente por meio de um comando que o indivíduo dá a si mesmo, através do exercício livre de sua racionalidade<sup>77</sup>.

Daí se extrai que a moralidade de um contrato, tomando por base o pensamento kantiano, tem como pressupostos apenas a liberdade e racionalidade dos indivíduos envolvidos. Se dois indivíduos livres, iguais e racionais chegam a um acordo de vontades, não é preciso que a justiça e o equilíbrio dessa avença sejam submetidos ao crivo de uma norma heterônoma.

Foram essas as ideias que serviram de base a uma aplicação praticamente absoluta do princípio da obrigatoriedade do contratos, durante a vigência do Estado Liberal, o que se encontra explicitado por Eros Belin Cordeiro no seguinte trecho:

A estipulação de princípios *a priori* (distanciados, portanto, de qualquer materialidade) atenderá perfeitamente aos interesses político-econômicos da época. A doutrina kantiana dará o fundamento teórico à abstração necessária para a consolidação do sistema econômico capitalista. A obrigação contratual, assim, somente poderá ser originada a partir da manifestação de vontade individual *livre*, liberdade essa que, racionalmente, por si só legitima a vinculatividade do pacto. O conceito de liberdade kantiano é puramente racional e o *fundamento da obrigatoriedade do contrato* é, para o filósofo prussiano, um *imperativo categórico*, próprio de um dever ético e derivado da autonomia, que não necessita de comprovação ou demonstração empírica (já que construído à luz da razão pura) (grifos do autor)<sup>78</sup>

Então, de acordo com Kant, o direito, ao regular uma relação entre dois indivíduos, não deve ter preocupações relacionadas à valoração dos fins individuais que tais sujeitos pretendem alcançar e nem aos interesses que estão envolvidos nessa situação<sup>79</sup>. A moralidade do contrato deve ser regulada por uma norma autônoma e não pelo direito, que é norma heterônoma.

Em virtude desse distanciamento do direito em relação à análise dos aspectos materiais dos contratos, o que restou ao juiz foi tão somente a tarefa de garantir a segurança jurídica

---

<sup>77</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Princípios de novo direito contratual e desregulamentação do mercado, direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento, função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual**. In: NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 66.

<sup>78</sup> CORDEIRO, Eros Belin de Moura. **Da revisão dos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 67-68.

<sup>79</sup> *ibidem*, p. 70.

nessas relações. Se o conteúdo do contrato entre sujeitos livres é considerado *a priori* justo, só o que cabe ao direito é assegurar que os termos da avença sejam cumpridos à risca pelos contratantes<sup>80</sup>.

Entretanto, grandes eventos históricos como a Revolução Industrial e a Segunda Guerra Mundial resultaram em profundas mudanças no modo como se organizava a sociedade moderna. Exploração do trabalho humano na produção fabril, abuso do poder econômico nos contratos de consumo em massa e a execução forçada de avenças que por motivos alheios e imprevisíveis aos contratantes haviam se tornado absurdamente desproporcionais são alguns dos efeitos nefastos ocasionados pela aplicação, nesse novo contexto social, do obsoleto paradigma contratual liberalista<sup>81</sup>.

Assim, percebeu-se que a imensa desproporção experimentada nesses tipos de relação contratual somente poderia ser sanada através da intervenção Estado, o que se deu tanto pela via legislativa, de que é exemplo Código de Defesa do Consumidor, quanto por meio do Judiciário, buscando-se fazer justiça no caso concreto. Acerca dessa nova postura do juiz em relação aos contratos:

É mais vantajoso avaliar corretamente o que a expressão intervenção do juiz significa: o juiz do contrato não é mais o espectador passivo da querela contratual, prisioneiro de um pretensão princípio da autonomia da vontade que lhe impõe o respeito aos termos da convenção e que o impede de modificar o seu conteúdo, com o objetivo de restabelecer, entre as partes, um equilíbrio injustamente rompido.<sup>82</sup>

Assim, o direito civil se afastou de uma lógica puramente patrimonialista, passando a reconhecer a importância de se cuidar também das questões existenciais inerentes a essas relações jurídicas<sup>83</sup>. Isso se deu através do abandono da perspectiva voluntarista e subjetivista, típica do paradigma liberal, que teve de ceder espaço a uma objetivização do contrato. Nessa nova ótica, a proteção que, antes, era conferida ao consenso firmado entre os contratantes, agora, recai sobre valores externos àquela relação, que são fornecidos por princípios fundamentais do ordenamento jurídico. O que importa não é mais apenas garantir a execução

---

<sup>80</sup> CORDEIRO, Eros Belin de Moura. **Da revisão dos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 70-71.

<sup>81</sup> RENNEN, Rafael. **Novo direito contratual**: a tutela do equilíbrio contratual no novo Código Civil. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2007. p. 29-30.

<sup>82</sup> CADIET, Loïc. Une justice contractuelle. In: RENNEN, Rafael. **Novo direito contratual**: a tutela do equilíbrio contratual no novo Código Civil. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2007. p. 34.

Trata-se de tradução livre de Rafael Renner. Trecho original: “il est plus intéressant de bien mesurer ce que l’expressio intervention du juge signifie: le juge du contrat n’est plus spectateur passif de la querelle contractuelle, prisonnier d’un prétendu principe de l’autonomie de la volonté que lui impose de respecter les termes de la convention et lui interdit d’en modifier le contenu, fût ce pour rétablir, entre les parties, un équilibre injustement rompu.”

<sup>83</sup> RENNEN, Rafael. *op. cit.* p. 40.

do contrato de acordo com a vontade manifestada pelos contratantes, é preciso assegurar também que, nessa relação contratual, não exista um desequilíbrio tal que possa vir a afetar direitos existenciais de algum dos participantes da avença<sup>84</sup>. Mitiga-se, desse modo, a força obrigatória dos contratos em prol de um equilíbrio substancial nas relações contratuais.

Observe-se, porém, que não se pretende, com esse novo modelo, deixar totalmente de lado o princípio da obrigatoriedade e da segurança jurídica, e nem de exigir que haja um equilíbrio perfeito em todos os contratos. A intervenção deve ocorrer apenas quando tal desequilíbrio atinja proporções tão grandes que venham a prejudicar valores tidos pelo ordenamento jurídico como superiores àqueles que seriam contemplados pela execução forçada daquele contrato nos exatos termos das declarações de vontade das partes<sup>85</sup>.

No ordenamento jurídico brasileiro, esses valores de caráter superior encontram-se contemplados em diversos pontos da Constituição Federal, servindo de embasamento para aplicação do princípio do equilíbrio contratual no direito pátrio. Pode-se apontar como maior deles a dignidade da pessoa humana, que, como já citado alhures neste trabalho, constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. É a partir do princípio da dignidade que se justifica, no âmbito contratual, a submissão dos interesses patrimoniais àqueles de cunho existencial, o que legitima a intervenção estatal com o objetivo de neutralizar desequilíbrios contratuais excessivos<sup>86</sup>. Isso é reforçado ainda pelo princípio da solidariedade social, que também encontra guarida no direito constitucional brasileiro e que possui por escopo a garantia de uma igual dignidade social a todos os indivíduos<sup>87</sup>.

Aprofundando um pouco a análise do tema da rescisão contratual, tem-se que esta pode ser motivada por duas espécies de desequilíbrio. O desequilíbrio pode se dar concomitantemente ao nascimento do contrato, ou pode ocorrer posteriormente, naquelas avenças que se protraíam no tempo.

Quando o negócio jurídico se apresenta desequilibrado desde seu início, se está tratando do instituo da lesão, que podia ser encontrado mesmo nas civilizações mais antigas. O Direito Romano, já em 286 d. C., acolhia a possibilidade de se utilizar a lesão como fundamento para realizar a rescisão de um contrato. Tratava-se da *laesio enormis* (lesão enorme), que ocorria sempre que um imóvel fosse vendido por menos da metade do seu

---

<sup>84</sup> RENNERT, Rafael. **Novo direito contratual**: a tutela do equilíbrio contratual no novo Código Civil. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2007. p. 40-41.

<sup>85</sup> *ibidem*, p. 45-46.

<sup>86</sup> *ibidem*, p. 50-51.

<sup>87</sup> *ibidem*, p. 49.



verdadeiro valor. Essa disposição jurídica romana foi inclusive transcrita, mais tarde, no *Corpus Iuris Civilis*<sup>88</sup>.

Durante a Idade Média, essa noção da importância da manutenção do equilíbrio contratual continuou sendo acolhida pelo direito, influenciada, principalmente, pela moral religiosa, que repudiava a prática da usura<sup>89</sup>. Tal cenário, todavia, foi modificado com o advento da Idade Moderna, que possuía ideais marcados pelo individualismo e pela valorização da liberdade contratual. “O ideal de justiça é substituído, com o advento do individualismo racionalista triunfante no século XVIII, pelo ideal de liberdade, conforme o qual a justiça da equivalência e do equilíbrio é substituída pela justiça formal associada ao procedimento contratual”<sup>90</sup>.

Essa perda de prestígio sofrida pelo instituto da lesão na vigência do Estado Liberal pôde ser verificada com a edição, no âmbito do direito francês, da Lei de 14 Frutidor, Ano III (31 de agosto de 1795), que veio a abolir a ação dos contratos lesivos<sup>91</sup>. Com o Código Napoleônico, a lesão encontrou certa sobrevida, mas tendo uma aplicação muito reduzida e de menor importância<sup>92</sup>, tanto que seu art. 1.118 trazia disposição no seguinte sentido: “A lesão só invalida as convenções em certos contratos relacionados a certas pessoas, como será visto nesta mesma seção”.

Foi o código civil alemão, o BGB de 1896, que deu os primeiros passos na direção de uma mudança nesse cenário, dando uma maior relevância à lesão contratual. Ao contrário do que ocorreu no direito francês, o código alemão, além da desproporção excessiva entre as prestações acordadas, exigia também, para que se configurasse a lesão no caso concreto, que houvesse exploração da condição de inferioridade de um dos contratantes:

§138

I – Um negócio jurídico que infrinja os bons costumes é nulo

II – Nulo é, particularmente, um negócio jurídico pelo qual alguém, *explorando o estado de necessidade, a leviandade, ou a inexperiência de um outro*, faz prometer, para si, ou para um terceiro, em troca de uma prestação, vantagens patrimoniais das quais o valor excede de tal modo à prestação que, de acordo com as circunstâncias, *as vantagens patrimoniais estão em manifesta desproporção com a prestação* (grifou-se)

<sup>88</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 171.

<sup>89</sup> *ibidem*, p. 171-172.

<sup>90</sup> NEGREIROS, Teresa. *op. cit.* p. 172.

<sup>91</sup> RENNERT, Rafael. **Novo direito contratual**: a tutela do equilíbrio contratual no novo Código Civil. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2007. p. 168.

<sup>92</sup> NEGREIROS, Teresa. *op. cit.* p. 173.

A partir daí, a lesão passou a ter requisitos objetivos e subjetivos. Como requisitos objetivos tem-se<sup>93</sup>: i) que exista um desequilíbrio no contrato, representado pela desproporção entre as prestações contratuais; ii) que essa desproporção esteja presente no momento da celebração do negócio, uma vez que o desequilíbrio posterior não é, em sentido técnico, lesão; e iii) que essa desproporção nas prestações seja excessiva, o que é aferido através do tarifamento.

Há duas espécies de tarifamento: o legal e o judicial. No primeiro caso, o legislador fornece critérios objetivos para que se verifique se há excessividade no desequilíbrio contratual. É o que ocorria, por exemplo, no código napoleônico, que considerava lesiva a venda de um imóvel se fosse realizada a um preço inferior a 7/12 do preço de mercado. Já o tarifamento judicial é aquele em que a lei deixa ao juiz a tarefa definir, no caso concreto, os critérios para avaliação da desproporção<sup>94</sup>.

Quanto aos critérios subjetivos<sup>95</sup>, são eles: i) a situação de inferioridade da parte lesada; e ii) a exploração dessa situação de inferioridade pelo outro contratante. Essa inferioridade é exprimida nos códigos dos diversos países por expressões como “estado de necessidade, levianidade ou inexperiência” (código alemão); “situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de carácter” (código português); e “necessidade, ou por inexperiência” (código brasileiro).

No âmbito do direito brasileiro, o instituto da lesão contratual foi inicialmente ignorado, não estando contemplado no Código Civil de 1916<sup>96</sup>. Não demorou muito, porém, até que a legislação extravagante tomasse para si a função de garantir o equilíbrio econômico no âmbito dos contratos e passasse a trazer disposições visando a coibir possíveis abusos. Exemplo disso é o art. 4º do Decreto-Lei nº 869/38, que trata dos crimes contra a economia popular:

Art. 4º Constitue crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando:

a) cobrar juros superiores à taxa permitida por lei, ou comissão ou desconto, fixo ou percentual, sobre a quantia mutuada, além daquela taxa;

---

<sup>93</sup> RENNEN, Rafael. **Novo direito contratual**: a tutela do equilíbrio contratual no novo Código Civil. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2007. p. 175-181.

<sup>94</sup> RENNEN, Rafael. *op. cit.* p. 179-180.

<sup>95</sup> *ibidem*, p. 181-192.

<sup>96</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 178-179.

b) obter ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade da outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.

O Código Civil de 2002 abarca a lesão contratual, em seu art. 157, de modo parecido com o utilizado pelo código alemão: “Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta”. Traz ainda o código brasileiro a figura do “estado de perigo”<sup>97</sup>, que, em última análise, pode ser considerada uma espécie do gênero lesão, não havendo necessidade de se proceder a um estudo aprofundado deste instituto.

É preciso comentar também as disposições trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) em relação à lesão contratual. Tal análise é importante para se veja como certas transformações sociais, como o advento do consumo em massa, exigem do direito a criação de mecanismos distintos e específicos para resolver os novos problemas que surgem a partir desse novo contexto.

Diz o CDC ser direito básico do consumidor “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas” (art. 6º, V); considera pratica abusiva por parte do fornecedor “exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva” (art. 39, V); e declara serem nulas de pleno direito cláusulas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade” (art. 51, IV).

Observe-se que o legislador, no tocante às relações de consumo, exigiu para a configuração da lesão contratual apenas a desproporção excessiva das prestações acordadas, exonerando o consumidor do ônus de comprovar sua situação de inferioridade e a intenção do fornecedor de se aproveitar dessa condição. Isso ocorre porque, na seara consumerista, o elemento subjetivo da lesão é presumido, no intuito de se garantir a efetividade da proteção que se deseja conferir à parte que, também por presunção<sup>98</sup>, é considerada hipossuficiente nesse tipo de relação jurídica<sup>99</sup>.

---

<sup>97</sup> Código Civil:

Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

<sup>98</sup> Código de Defesa do Consumidor:

“Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

Além do desequilíbrio produzido concomitantemente ao nascimento do contrato, existe também a possibilidade de que este ocorra em um momento posterior, em virtude de alterações em circunstâncias que fogem ao controle das partes contratantes. Esse tipo de desproporção, por ter importância reduzida em relação ao tema tratado nesta monografia, não será abordado com mais detalhes.

### 1.2.3 A boa-fé objetiva

Depois de tratar dos princípios da função social do contrato e do equilíbrio contratual, resta, agora, discorrer sobre a boa-fé objetiva. Antes de tudo, é preciso frisar que boa-fé é um instituto de difícil conceituação, uma vez que carrega em sua essência uma forte carga histórico-cultural, o que impossibilita o fornecimento de uma delimitação universal e apriorística de seus contornos<sup>100</sup>. O conteúdo desse princípio só pode ser aferido diante da análise do caso concreto, em conjunto com o contexto juscultural em que se encontra inserido.

Sendo uma criação do Direito, a boa fé não opera como um conceito comum. Em vão se procuraria, nas páginas que seguem, uma definição lapidar do instituto: evitadas em geral, pela metodologia jurídica, tentativas desse gênero seriam inaptas face ao alcance e riqueza reais da noção. A boa fé traduz um estágio juscultural, manifesta uma Ciência do Direito e exprime um modo de decidir próprio de certa ordem sócio-jurídica.

A natureza juscultural da boa fé implica o seu assumir como criação humana, fundada dimensionada e explicada em termos históricos<sup>101</sup>.

Essa indeterminação do conceito não deve, contudo, ser vista de forma negativa. Diante da realidade contemporânea, cada vez mais complexa e dinâmica, fica ainda mais evidente a impossibilidade de o direito regular casuisticamente todos os acontecimentos da vida social<sup>102</sup>, figurando a boa-fé, nesse contexto, como “mecanismo privilegiado para atribuir

---

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;”

<sup>99</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 197-198.

<sup>100</sup> SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. **Contornos Dogmáticos e eficácia da boa-fé objetiva: o princípio da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 11.

<sup>101</sup> MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001.p. 17-18.

<sup>102</sup> DICKSTEIN, Marcelo. **A boa-fé objetiva na modificação tácita da relação jurídica: surrectio e supressio**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. p 27.

ao intérprete-aplicador (juiz) instrumentos capazes de promover uma busca mais apurada da justiça”<sup>103</sup>.

Não parece possível a dedução de uma fórmula de fixação do conteúdo do princípio da boa-fé aplicável a todas as situações que surgem na sociedade. A fixação desse conteúdo somente pode se dar caso a caso, segundo as circunstâncias que cercam a atuação das partes, conforme a natureza da relação que travam em sociedade, a sua própria situação sócio-econômica, e outros fatores<sup>104</sup>.

É de grande importância, porém, que se faça distinção entre o que doutrinariamente é chamado de boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva. A primeira cuida de aspectos internos ao indivíduo, impondo uma investigação de suas intenções, de seu estado psicológico. Está presente a boa-fé subjetiva, quando o indivíduo possui a convicção íntima de que age de modo irrepreensível, ignorando quaisquer vícios que possam estar presentes naquele negócio jurídico<sup>105</sup>. Exemplo disso ocorre quando um sujeito aliena um bem viciado, mas não tinha conhecimento dos vícios à época da avença, estando, portanto, de boa-fé<sup>106</sup>.

A expressão ‘boa-fé subjetiva’ denota ‘estado de consciência, ou convencimento individual de obrar [a parte] em conformidade ao direito [sendo] aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se ‘subjetiva’ justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar outrem’<sup>107</sup>.

Já a boa-fé objetiva é algo exterior ao indivíduo, atuando como uma norma de conduta que a ele é imposta. Consubstancia-se ela em um dever de agir, segundo determinados padrões socialmente recomendados de lealdade, probidade e correção, no intuito de não frustrar as expectativas legítimas da outra parte<sup>108</sup>.

...por ‘boa-fé objetiva’ se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao §242 do Código Civil alemão, de larga forma expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que é lhe atribuída nos países da *common law* – modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual ‘cada pessoa deve ajustar sua própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade e probidade’. Por esse modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os

<sup>103</sup> SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. **Contornos Dogmáticos e eficácia da boa-fé objetiva**: o princípio da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 11.

<sup>104</sup> PEREIRA, Regis Fichtner. A responsabilidade pré-contratual, teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais. In: NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 153.

<sup>105</sup> *ibidem*, p. 12-14.

<sup>106</sup> DICKSTEIN, Marcelo. **A boa-fé objetiva na modificação tácita da relação jurídica**: surrectio e supressio. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. p. 15-16.

<sup>107</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. In: DICKSTEIN, Marcelo. **A boa-fé objetiva na modificação tácita da relação jurídica**: surrectio e supressio. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. p. 15.

<sup>108</sup> SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. **Contornos Dogmáticos e eficácia da boa-fé objetiva**: o princípio da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 13-14.  
DICKSTEIN, Marcelo. *op. cit.* p. 15-16.

fatores concretos do caso, tais como o *status* pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do standard, de tipo meramente subjuntivo.

Observe-se que distinção entre a vertente objetiva e a subjetiva da boa-fé não deve ser confundida com a diferença que se apresenta entre boa-fé psicológica e ética. Para que a boa-fé psicológica se faça presente, basta que haja estado de ignorância do indivíduo em relação aos vícios do negócio. Já com relação à boa-fé ética, há uma valoração jurídica desse estado de ignorância, exigindo-se também que este seja desculpável. Nota-se, então, que ambas as modalidades podem ser enquadradas dentro do conceito de boa-fé subjetiva<sup>109</sup>.

A origem histórica da boa-fé remonta ao princípio romano da *fides*, que impunha aos indivíduos a abstenção de comportamentos que viessem a tornar a execução do contrato mais difícil ou onerosa à outra parte<sup>110</sup>. Entretanto, a *fides*, em um primeiro momento, consistia mais em um princípio meramente ético do que propriamente jurídico<sup>111</sup>. Pode-se afirmar que a boa-fé só veio a alcançar feições verdadeiramente jurídicas com advento da *bonae fidei iudicia*, que é o nome que se dava às ações que podiam ser ajuizadas tendo como fundamento a *fides*. Nessa época, fazia-se distinção, no Direito Romano, entre os contratos formais e consensuais. Os primeiros recebiam proteção jurídica por meio de ações denominadas *stricti iuris iudicia*, ao passo que as avenças de natureza consensual eram amparadas pelas *bonae fidei iudicia*<sup>112</sup>.

A nível de generalidade, a doutrina dominante tem defendido que, perante a fórmula *oportet ex fide bona*, o juiz ficaria com maior liberdade de movimentos, vendo alargar o seu *officium*, dispondo de uma bitola especialmente lata de decisão e devendo proceder a uma interpretação conforme com o prometido pelas partes e não apenas de acordo com a letra do pacto ou a lei<sup>113</sup>.

Posteriormente, já no âmbito do direito canônico, ocorreu uma intensa subjetivação da boa-fé, que passou a ser identificada pela Igreja como ausência de pecado<sup>114</sup>. Tal princípio, no entanto, acabou por ter importância reduzida durante esse período, pois, em virtude de ter sofrido amputações e simplificações, teve seu conteúdo esvaziado, sendo relegado a uma função de mero reforço retórico<sup>115</sup>.

---

<sup>109</sup> MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001.p. 24.

<sup>110</sup> SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. **Contornos Dogmáticos e eficácia da boa-fé objetiva**: o princípio da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 19.

<sup>111</sup> *ibidem*. p. 23-24.

<sup>112</sup> DICKSTEIN, Marcelo. **A boa-fé objetiva na modificação tácita da relação jurídica**: surrectio e supressio. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. p. 8.

<sup>113</sup> MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *op. cit.* p. 82.

<sup>114</sup> DICKSTEIN, Marcelo. *op. cit.* p. 10.

<sup>115</sup> MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *op. cit.* p. 160-161.

Passando, agora, à Idade Moderna, percebe-se que tanto a boa-fé subjetiva como a objetiva foram acolhidas pelo texto do Código Civil Napoleônico de 1804, sendo que esta última espécie se encontra positivada nos arts. 1.134 e 1.135 do referido diploma<sup>116</sup>. No entanto, a aplicação destes dispositivos foi bastante mitigada pelo voluntarismo dominante no civilismo oitocentista, que fez com que apenas a boa-fé subjetiva fosse capaz de atingir algum desenvolvimento no âmbito do direito francês<sup>117</sup>.

Foi no ordenamento jurídico alemão que a boa-fé objetiva veio a alcançar uma posição de maior relevância. Já durante o século XIX, se notava a presença deste instituto nas decisões dos tribunais comerciais germânicos<sup>118</sup>, prática essa que veio a ser consolidada e ampliada, no direito alemão, com a edição do BGB (Código Civil da Alemanha) em 1896, no qual se destacam os seguintes dispositivos: “§ 157 – Os contratos interpretam-se como exija a boa-fé com consideração pelos costumes do tráfego” e “§242 – O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfego”.

Inicialmente, a jurisprudência alemã teria tratado o disposto no §242 como um mero reforço à função interpretativa da boa-fé trazida pelo §157. Tal cenário foi, todavia, se modificando durante o início do século XX, permitindo que o §242 passasse a ser aplicado de forma autônoma, sendo utilizado como instrumento para a criação e supressão de obrigações contratuais, com fundamento na boa-fé objetiva<sup>119</sup>. Essa elevação na importância do dispositivo dentro do direito civil alemão pode ser notada na obra de Karl Larenz, que, em 1958, afirmava ser o §242 do BGB princípio supremo do direito das obrigações<sup>120</sup>.

Em Portugal, representando uma ruptura com a cultura jurídica francesa e uma abertura para as influências da doutrina alemã<sup>121</sup>, a codificação portuguesa de 1966 consagra

---

<sup>116</sup> Artículo 1134

Los acuerdos legalmente formados tendrán fuerza legal entre quienes los hayan efectuado.

Podrán ser revocados por mutuo consentimiento, o por las causas que autoriza la ley.

Deberán ser ejecutados de buena fe.

Artículo 1135

Los acuerdos obligarán no sólo a lo expresado en ellos, sino también a todas las consecuencias que la equidad, la costumbre o la ley atribuyan a la obligación según su naturaleza.

<sup>117</sup> SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. **Contornos Dogmáticos e eficácia da boa-fé objetiva**: o princípio da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 47-50;

DICKSTEIN, Marcelo. **A boa-fé objetiva na modificação tácita da relação jurídica**: surrectio e supressio. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. p. 10.

<sup>118</sup> DICKSTEIN, Marcelo. *op. cit.* p. 10.

<sup>119</sup> SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. *op. cit.* p. 54-55

<sup>120</sup> LARENZ, Karl. *Derecho de las obligaciones*. In: SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. **Contornos Dogmáticos e eficácia da boa-fé objetiva**: o princípio da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 54.

<sup>121</sup> MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001.p. 25.

o princípio da boa-fé objetiva em sete ocasiões: art. 3º/1<sup>122</sup>; art. 227/1<sup>123</sup> (culpa *in contrahendo*); art. 239<sup>124</sup> (integração dos negócios); art. 272<sup>125</sup>; art. 334<sup>126</sup> (abuso de direito); art. 437/1<sup>127</sup> (modificação dos contratos por alteração das circunstâncias); art. 762<sup>128</sup> (complexidade das obrigações).

Tratando, agora, do direito brasileiro, tem-se que os primeiros vestígios do acolhimento da boa-fé objetiva pelo ordenamento pátrio encontram-se no art. 131<sup>129</sup> do antigo Código Comercial, de 1850, que, infelizmente, teve seu potencial muito pouco explorado pela doutrina e jurisprudência brasileiras<sup>130</sup>. Esse certo desprezo pelo instituto marcou também o Código Civil de 1916, que não previu a boa-fé objetiva como regra geral a ser seguida em matéria de obrigações<sup>131</sup>.

Assim, apesar de, já antes disso, encontrar certo amparo perante a doutrina e a jurisprudência<sup>132</sup>, o princípio da boa-fé objetiva só veio a receber o devido tratamento por parte do Legislativo brasileiro, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, cujos princípios serviram de inspiração à adoção da boa-fé objetiva pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 51:

---

<sup>122</sup> “Os usos que não forem contrários aos princípios da boa fé são juridicamente atendíveis quando a lei o determine”.

<sup>123</sup> “Quem negoceia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte”.

<sup>124</sup> “Na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissio, ou de acordo com os ditames da boa fé, quando outra seja a solução por eles imposta”.

<sup>125</sup> “Aquele que contrair uma obrigação ou alienar um direito sob condição suspensiva, ou adquirir um direito sob condição resolutiva, deve agir, na pendência da condição, segundo os ditames da boa fé, por forma que não comprometa a integridade do direito da outra parte”.

<sup>126</sup> “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”

<sup>127</sup> “Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato”.

<sup>128</sup> “No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé.”

<sup>129</sup> “Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras;”

<sup>130</sup> SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. **Contornos Dogmáticos e eficácia da boa-fé objetiva**: o princípio da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 77-78.

<sup>131</sup> *ibidem*, p. 81.

<sup>132</sup> DICKSTEIN, Marcelo. **A boa-fé objetiva na modificação tácita da relação jurídica**: surrectio e supressio. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. p. 12;

SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. **Contornos Dogmáticos e eficácia da boa-fé objetiva**: o princípio da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 81-82.



Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam **incompatíveis com a boa-fé** ou a equidade; (grifou-se)

Posteriormente, ocorreu a edição do Novo Código Civil, em 2002, que, depois de tramitar por quase 30 anos no Congresso Nacional, foi promulgado, acolhendo a boa-fé objetiva nos seguintes dispositivos:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

A partir destes três artigos do Código Civil, é possível aferir as três funções básicas que a boa-fé objetiva exerce no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam: i) função interpretativa (art. 113); ii) função integrativa (art. 422); e iii) função limitativa (art. 187).

A função interpretativa tem vez quando surge dúvida quanto ao sentido de alguma das cláusulas presentes na relação contratual. Quando isso ocorre, o princípio da boa-fé objetiva leva a duas conclusões. A primeira é a de que a interpretação das disposições dos contratos deve ser feita de acordo com seu sentido objetivo aparente. A vontade real do declarante só deve prevalecer quando esta for conhecida pela outra parte ou se, pelo menos, devesse ser de seu conhecimento se tivesse agido com a devida diligência. O objetivo disso é evitar que o declarante frustrasse expectativas de outrem, sob a alegação de que sua vontade real era diversa daquilo que externalizou durante as negociações contratuais. Se tais expectativas, à luz do princípio da boa-fé objetiva, forem consideradas legítimas, não poderão sofrer prejuízo, devendo receber adequada proteção jurídica<sup>133</sup>.

Pode ocorrer, no entanto, que, mesmo sob uma análise objetiva, ainda reste dúvida sobre o significado de alguma disposição contratual. Nesse caso, a aplicação da boa-fé terá por finalidade verificar qual a interpretação mais condizente com os ideais de honestidade e lealdade inerentes a esse princípio. “Deve o intérprete, diante da pretensão de alcance do

---

<sup>133</sup> SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. **Contornos Dogmáticos e eficácia da boa-fé objetiva**: o princípio da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 146.

significado de determinada declaração de vontade, questionar sobre o que teria uma pessoa em tese leal, proba e honesta, querido declarar em iguais circunstâncias”<sup>134</sup>. Não se pode esquecer que, em virtude da natureza maleável do princípio da boa-fé objetiva, tal tarefa só pode ser realizada de forma bem sucedida através da análise do contexto sócio-cultural e econômico no qual a relação contratual se encontra inserida, pois somente a partir destes elementos é que se pode aferir no caso concreto qual o padrão de conduta a ser aplicado<sup>135</sup>.

A boa-fé objetiva pode ainda exercer uma importante função de integração nos contratos. Numa relação contratual, existem deveres de prestação primários e secundários. Os primários são aqueles que constituem o núcleo da relação contratual. Já os secundários podem ser separados em dois grupos: os meramente acessórios, cujo objetivo é preparar ou assegurar o cumprimento da obrigação principal; e os deveres secundários de prestação autônoma, que podem ser sucedâneos da obrigação principal ou serem com ela coexistentes. Em um contrato de compra e venda, por exemplo, seriam deveres primários a entrega da coisa e o pagamento do preço convencionado. Os secundários meramente acessórios poderiam ser exemplificados nas tarefas de embalar o produto comprado ou de transportá-lo até o comprador. Já os deveres de prestação autônoma se fariam presentes em possíveis indenizações devidas em virtude de mora no adimplemento (dever coexistente com a obrigação principal) ou de inadimplemento total da obrigação (dever sucedâneo da obrigação principal)<sup>136</sup>.

Ocorre que, geralmente, os deveres secundários que possuem expressa previsão legal ou contratual não são capazes, por si sós, de garantir satisfatoriamente a proteção dos interesses legítimos das partes envolvidas na relação contratual. É nesse ponto que o princípio da boa-fé surge como “fonte autônoma de direitos e obrigações, não adstrita à vontade nem a texto punctual de lei”<sup>137</sup>.

Essa faceta da boa-fé objetiva faz com que não reste dúvida alguma de que sua aplicação nas relações contratuais está longe de se resumir a um mero dever de abstenção. Não basta somente que as partes evitem praticar atos desonestos e desleais para com o outro

---

<sup>134</sup> DICKSTEIN, Marcelo. **A boa-fé objetiva na modificação tácita da relação jurídica**: surrectio e supressio. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. p. 61.

<sup>135</sup> SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. *op. cit.* p. 146.

<sup>136</sup> DICKSTEIN, Marcelo. *op. cit.* p. 64-66;

MARTINS-COSTA, Judith. **O Direito Privado como um "sistema em construção"**: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 17 maio 2014. p. 21.

<sup>137</sup> COUTO E SILVA, Clóvis V. do. A obrigação como processo. In: NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 151.

contratante, porque a boa-fé objetiva se consubstancia em um verdadeiro dever de cooperação, obrigando os participantes da avença a colaborarem entre si para que se os fins daquele contrato sejam atingidos<sup>138</sup>.

É preciso que as partes atuem positivamente, buscando um adimplemento que se realize com a plena satisfação dos interesses do credor, sacrificando o mínimo possível do patrimônio do devedor. Só assim será possível dizer que se chegou a um adimplemento satisfativo na relação contratual<sup>139</sup>.

Para que se compreenda melhor a natureza dos deveres instrumentais que são impostos aos contratantes por meio da boa-fé objetiva, é interessante reproduzir aqui uma lista meramente exemplificativa elaborada por Judith Martins-Costa:

a) *os deveres de cuidado, previdência e segurança*, como o dever do depositário de não apenas guardar a coisa, mas também de acondicionar o objeto deixado em depósito; b) *os deveres de aviso e esclarecimento*, como o do advogado, de aconselhar o seu cliente acerca das melhores possibilidades de cada via judicial passível de escolha para satisfação de seu *desideratum*, o do consultor financeiro, de avisar a contraparte sobre os riscos que corre, ou do médico, de esclarecer ao paciente sobre a relação custo-benefício do tratamento escolhido, ou dos efeitos colaterais do medicamento indicado, ou ainda, na fase pré-contratual, o do sujeito que entra em negociações, de avisar o futuro contratante sobre os fatos que podem ter relevo na formação da declaração negocial; c) *deveres de informação*, de exponencial relevância no âmbito das relações jurídicas de consumo, seja por expressa disposição legal (CDC, arts. 12, *in fine*, 14, 18, 20, 30 e 31, entre outros), seja em atenção ao mandamento da boa-fé objetiva; d) *o dever de prestar contas*, que incumbe aos gestores e mandatários, em sentido amplo; e) *os deveres de colaboração e cooperação*, como de colaborar para o correto inadimplemento da prestação principal, ao qual se liga, pela negativa, o de não dificultar o pagamento por parte do devedor; f) *os deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contra parte*, como, v.g., o dever do proprietário de uma sala de espetáculos ou de um estabelecimento comercial de planejar arquitetonicamente o prédio, afim de diminuir os riscos de acidentes; g) *os deveres de omissão e de segredo*, como o dever de guardar sigilo sobre os atos ou fatos dos quais se teve conhecimento em razão do contrato ou de negociações preliminares... (grifos da autora)<sup>140</sup>.

Os deveres citados acima deixam também evidente outro importante aspecto da boa-fé objetiva, qual seja o de impor obrigações em todas as fases da relação contratual: etapa de formação (deveres de informação, de segredo e de custódia); etapa de celebração (deveres de equivalência das prestações, clareza e explicitação); etapa do cumprimento (deveres de

<sup>138</sup> DICKSTEIN, Marcelo. **A boa-fé objetiva na modificação tácita da relação jurídica**: surrectio e supressio. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. p. 60;

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 130; SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. **Contornos Dogmáticos e eficácia da boa-fé objetiva**: o princípio da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002. p. 14.

<sup>139</sup> DICKSTEIN, Marcelo. *op. cit.* p. 66-67.

<sup>140</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. In: NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 151-152.

cooperação para garantir a realização dos fins do contrato e satisfação dos interesses do credor com prejuízo mínimo ao patrimônio do devedor); e etapa pós-extinção do contrato (dever de reserva, dever de segredo, dever de garantia de fruição do resultado do contrato)<sup>141</sup>.

Todavia, assim como tem poder para criar obrigações, a boa-fé objetiva possui também força para suprimir direitos e deveres no âmbito das relações contratuais, o que consiste no exercício de sua função limitadora. Esse aspecto da boa-fé objetiva encontra-se bastante vinculado à noção de abuso de direito. Ocorre abuso de direito quando um indivíduo, através de um comportamento formalmente lícito, der causa à quebra de confiança e frustração de expectativas legítimas do outro participante da relação contratual. Nota-se, então, que a boa-fé objetiva atua, nesse contexto, como parâmetro de aferição da abusividade no exercício dos direitos contratuais. O exercício do direito será abusivo na medida em que contrariar os ditames da boa-fé objetiva<sup>142</sup>. “A boa-fé objetiva limita, portanto, determinado exercício de direito pelo seu titular, impondo-lhe comportamento coerente e consistente com conduta anterior, isto é, veda a adoção de comportamento contraditório protegendo, assim, a confiança despertada no outro”<sup>143</sup>.

O primeiro instituto jurídico que se encontra relacionado com a função limitadora da boa-fé objetiva é o *tu quoque*. A regra do *tu quoque* tem por escopo impedir que o indivíduo que, ilicitamente, deixou de cumprir com suas obrigações contratuais possa exigir o adimplemento do contrato pela outra parte. Se, por exemplo, um condômino desrespeita uma determinada regra de seu condomínio, não poderá ele exigir o seu cumprimento pelos outros condôminos<sup>144</sup>. Trata-se de se utilizar a boa-fé objetiva como impedimento a que o contratante faltoso possa retirar proveito de sua própria falta. Nota-se que existe, desse modo, uma forte ligação entre o instituto do *tu quoque* e a garantia do sinalagma contratual, pois busca-se, com ele, evitar prejuízos ao equilíbrio da relação<sup>145</sup>.

Também é considerada como representante da função limitativa da boa-fé objetiva a regra do *venire contra factum proprium*, que tem por objetivo, basicamente, vedar a prática de condutas contraditórias que levem à quebra de confiança da outra parte da relação jurídica. Nesse caso, têm-se duas condutas que, analisadas separadamente, aparentam não possuir vício algum, mas que, em conjunto, representam uma contradição que não pode ser protegida pelo

<sup>141</sup> DICKSTEIN, Marcelo. **A boa-fé objetiva na modificação tácita da relação jurídica**: surrectio e supressio. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. p. 72.

<sup>142</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 141.

<sup>143</sup> DICKSTEIN, Marcelo. *op. cit.* p. 80-81.

<sup>144</sup> NEGREIROS, Teresa. *op. cit.* p. 142-143.

<sup>145</sup> *ibidem*. p. 143-144.

direito<sup>146</sup>. Definir que tipo exatamente de comportamento contraditório merece ser impugnado pela boa-fé objetiva é questão bastante tormentosa, pois:

A proibição de toda e qualquer conduta contraditória seria, mais que uma abstração, castigo. Estar-se-ia a enrijecer todas as potencialidades de surpresa, do inesperado e do imprevisto na vida humana. Portanto, o que o princípio proíbe como contrário ao interesse digno de tutela jurídica é o comportamento contraditório que mine a *relação de confiança recíproca* minimamente necessária para o bom desenvolvimento do tráfego negocial. (grifos da autora)<sup>147</sup>

É preciso, então, ter em mente que o *venire contra factum proprium* somente obsta o exercício de um direito se estiverem presentes as seguintes condições: que a expectativa a ser protegida esteja fundada em atos concretos e não somente em indícios; que o comportamento contraditório não seja justificável; e a que reversão das expectativas gere um efetivo prejuízo à parte cuja confiança foi traída<sup>148</sup>.

É importante tratar ainda dos institutos da *supressio* e *surrectio*. A *surrectio* visa a impedir que haja a supressão imotivada de uma vantagem que, mesmo sem previsão legal ou contratual, vinha sendo concedida, por um tempo razoável, a um indivíduo<sup>149</sup>.

Já a *supressio* se opera quando, por ter havido uma demora desleal no exercício de um direito, seu titular fica impedido de exercê-lo, em respeito à confiança criada no devedor de que tal exercício não mais ocorreria. É o que ocorre, por exemplo, quando o locador aceita por vários meses receber o aluguel do imóvel com 5 dias de atraso. Se isso ocorrer, o senhorio não poderá mais exigir o pagamento do valor na data consignada no contrato e nem passar a cobrar juros de mora, sem que tenha um justo motivo para essa alteração de comportamento<sup>150</sup>.

Outro tema que merece ser citado nessa seara é o relativo à teoria do adimplemento substancial. Por essa teoria, mesmo que exista, no contrato, cláusula assegurando o direito de rescisão por inadimplemento, tal direito não poderá ser exercido se houver um adimplemento substancial da prestação devida<sup>151</sup>. Isso ocorre porque

a substancialidade do adimplemento, apurada conforme as circunstâncias, e em vista da finalidade econômico-social do contrato em exame, garante a manutenção do

---

<sup>146</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 142.

<sup>147</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. In: NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 146-147.

<sup>148</sup> NEGREIROS, Teresa. *op. cit.* p. 147.

<sup>149</sup> DICKSTEIN, Marcelo. **A boa-fé objetiva na modificação tácita da relação jurídica: surrectio e supressio**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. p. 81.

<sup>150</sup> *ibidem*.

<sup>151</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 147.

equilíbrio entre as prestações correspectivas, não chegando o descumprimento parcial a balar o sinalagma<sup>152</sup>.

Então, em virtude do princípio da boa-fé objetiva, pode o juiz mitigar as consequências do inadimplemento do devedor, quando, por exemplo, uma pequena parcela da prestação for impossível de ser realizada ou, então, houver um vício insignificante na coisa vendida<sup>153</sup>.

Cabe ainda asseverar que o princípio da boa-fé também possui poder para se sobrepor à autonomia de vontade dos indivíduos, ensejando a nulidade de cláusula contratual que vá de encontro aos seus preceitos<sup>154</sup>. Essa, aliás, é disposição expressa do Código de Defesa do Consumidor, que afirma, em seu art. 51, serem nulas de pleno direito cláusulas contratuais que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

Porém, mesmo fora do âmbito das relações de consumo, já é possível encontrar algumas decisões judiciais que se utilizam do princípio da boa-fé objetiva, como instrumento de impugnação de abusos no exercício da liberdade contratual. É o que foi feito no caso em que a Cervejaria Companhia Brahma, ao celebrar contrato com uma de suas revendedoras, fez constar cláusula no acordo afirmando que a cervejaria “considerando os seus interesses comerciais de perfeito atendimento do mercado consumidor, poderá a seu livre-arbítrio, efetuar vendas diretamente (...) no território contratual, sem que a revendedora possa reivindicar qualquer direito”<sup>155</sup>. Nesse caso, decidiu-se, em primeira instância, que tal cláusula deveria ser considerada nula, por contrariar a boa-fé objetiva.

É certo que decisões como essa são bastante louváveis, na medida em que estão em consonância com a renovação de paradigma pela qual o direito civil vem passando nas últimas décadas, representando repúdio a uma aplicação mecanizada da literalidade da lei. Porém, é preciso asseverar que esse tipo de entendimento deve ser empregado sempre com a devida cautela, pois é preciso ter em mente que não se pode aplicar a boa-fé objetiva em contratos paritários com mesma intensidade em que esta é aplicada em relações desiguais, como ocorre no caso das relações de consumo. Como já dito, o conteúdo do princípio da boa-fé objetiva se adapta ao contexto socioeconômico de cada caso concreto, não podendo ser

---

<sup>152</sup> *ibidem*. p. 145.

<sup>153</sup> *ibidem*. p. 147-148.

<sup>154</sup> *ibidem*. p. 137.

<sup>155</sup> Juiz Joel Dias Figueira Jr., Santa Catarina, Joenville, 07.05.99, publicada na *Revista de Direito do Consumidor*, nº 32, São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez, p. 317-321. In: NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 138-139.

generalizado sem que se acabe gerando injustiças<sup>156</sup>. Exemplificando: um contrato de compra e venda de automóvel celebrado entre uma concessionária e um consumidor gera, para o vendedor, deveres instrumentais de informação muito mais exigentes do que aqueles que se fariam presentes se o objeto da compra e venda fosse uma empresa e o comprador fosse um grande grupo econômico, que deve possuir capacidade técnica para investigar e avaliar os riscos do negócio que está celebrando.

Outro procedimento que se mostra imprescindível na hora de balizar a utilização do princípio da boa-fé objetiva pelo aplicador do direito é o de perquirir qual papel deve ser exercido por esse princípio dentro do contexto da Constituição Federal de 1988. É certo que, dentro do novo paradigma do direito civil, a boa-fé objetiva não pode ter outro fim senão o de servir como instrumento de realização daqueles princípios que, segundo a Constituição, formam a base axiológica da República Brasileira. Dentre tais princípios fundamentais, adquirem especial relevância os já aludidos princípio da dignidade da pessoa humana e princípio da solidariedade social.

Então, entender o contexto sociocultural em que a relação jurídica concreta se desenvolve e guiar-se pelos os valores constitucionais que devem ser realizados no caso a ser decidido são as chaves para se evitar o risco de uma aplicação irrestrita, banalizada e arbitrária da boa-fé objetiva.

#### 1.2.4 Teoria das redes contratuais

É certo que contrato constitui um instrumento jurídico, cujo escopo, numa visão clássica, é o de permitir o tráfego de bens, riquezas e serviços, de modo a atender os interesses econômicos e sociais dos participantes da avença. Desse modo, é possível dizer que a noção de contrato está intimamente relacionada à realização de uma operação econômica<sup>157</sup>.

Ocorre que transformações econômico-sociais experimentadas ao longo do século XX acarretaram grandes mudanças na dinâmica das contratações, que passaram por um processo

---

<sup>156</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 154.

<sup>157</sup> TORRES, Andreza Cristina Baggio. **Teoria Contratual pós-moderna: as redes contratuais na sociedade de consumo** [dissertação]. Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná; 2005. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde\\_arquivos/1/TDE-2006-05-03T070125Z-316/Publico/Andreza%20Direito.pdf](http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2006-05-03T070125Z-316/Publico/Andreza%20Direito.pdf)>. Acesso em maio de 2014. p. 37.

de massificação, em especial no que tange aos contratos de consumo<sup>158</sup>. Tais fatos fizeram com que os agentes econômicos buscassem adaptar o modo como realizavam seus contratos a essa nova realidade de mercado.

Para se entender melhor essas mudanças, é importante que se trabalhe um pouco algumas noções referentes à diferenciação entre contratos típicos, atípicos, mistos e coligados. A tipicidade de um contrato ocorre quando há a existência de um regime jurídico pré-existente, aplicável a essa espécie contratual. Tal regime padronizado pode ser construído através de previsão legal; através da atuação conjunta da lei e da jurisprudência; ou por meio da prática social, que, ao promover a celebração reiterada de certo tipo de contrato, acaba por demandar da jurisprudência uma uniformização no tratamento daquela nova espécie contratual<sup>159</sup>. No entanto, por vezes, há a necessidade de se recorrer a contratos *sui generis*, que não possuem um regime regulatório pré-definido. Estes são os chamados contratos atípicos.

É possível, ainda, que, para satisfazer de forma adequada a seus interesses, as partes resolvam recorrer ao que se chama de contratos mistos, que podem ser definidos como uma “mesclagem” de dois ou mais contratos típicos. Tais contratos mistos podem ser classificados em combinados, de tipo duplo, mistos em sentido estrito e típicos com prestação subordinada de outra espécie<sup>160</sup>.

Nos combinados, tem-se uma parte assumindo obrigações pertencentes a dois ou mais contratos típicos, enquanto a outra é responsável por uma prestação unitária. É o caso do pensionista que, mediante um único pagamento, recebe em contraprestação o aluguel do alojamento, alimentação, calefação, luz, entre outros serviços. Nos contratos de tipo duplo, a prestação de uma parte é peculiar a um determinado contrato típico, enquanto a prestação do outro contratante pode ser vinculada a um tipo contratual diverso. Exemplo disso é a prestação de serviços em troca da locação de alojamento. Já os contratos mistos *stricto sensu* se dão quando um contrato típico é realizado para atingir a finalidade de um outro contrato típico. É o que ocorre na “doação mista” (*negotium mixtum cum donatione*), onde há a venda

---

<sup>158</sup> PENTEADO, Luciano de Camargo Penteado. Redes contratuais e contratos coligados. In: HIRONAKA, Giselda M. F. N., TARTUCE, Flávio (orgs.). **Direito contratual**: temas atuais. São Paulo: Método, 2007. p. 479.

<sup>159</sup> *ibidem*, p. 468.

<sup>160</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 99;  
PENTEADO, Luciano de Camargo Penteado. *op. cit.* p. 472.



de uma coisa por um preço consideravelmente inferior ao seu valor, com o intuito de doar o montante dessa diferença para o comprador<sup>161</sup>.

Existem ainda os “contratos típicos com prestação subordinada de outra espécie”, que ocorrem quando há a celebração de um contrato típico, ao qual são acrescidas certas obrigações laterais provenientes de outro tipo, sendo estas, porém, nitidamente subordinadas ao tipo principal. Isso se dá, por exemplo, na venda de sacas de cereais, com a obrigação de que o comprador retorne os sacos ao vendedor, após determinado período<sup>162</sup>.

Porém, a mera criação de contratos atípicos e a mesclagem dos tipos existentes não são também suficientes para atender às demandas de um mercado complexo e cada vez mais globalizado. É nesse ponto que surgem os chamados contratos coligados ou redes contratuais, que consistem em um grupo de “contratos diferenciados estruturalmente, porém interligados por um articulado e estável nexos *econômico, funcional e sistemático*. (grifos do autor)”<sup>163</sup>.

Apesar de, na doutrina, existirem pequenas variações no conceito, Rodrigo X. Leonardo aponta, como elementos essenciais de uma rede contratual:

a) a coexistência de dois ou mais contratos estruturalmente diferenciados, mantidas as respectivas causas objetivas desses contratos; b) existência de um nexos funcional entre os contratos diferenciados; c) existência de um nexos econômico entre esses contratos; d) relevância jurídica da ligação entre estes contratos, seja em razão da motivação (perspectiva subjetivista), seja em razão da correspectividade de prestações (perspectiva objetivista)<sup>164</sup>.

Trata-se de uma prática que surge no meio econômico com vistas a potencializar benefícios e reduzir riscos, representando uma forma de se lidar com a competitividade e a especialização, típicas do modelo de mercado atual. Por meio das redes contratuais, é possível que fornecedores que, separados, teriam dificuldade em levar seus produtos e serviços até o consumidor possam, atuando em conjunto, unir seus esforços e diluir entre eles os riscos da atividade<sup>165</sup>.

Essa atuação conjunta é feita através de contratos estruturalmente individualizados, sendo possível enquadrá-los com facilidade em um modelo clássico de relação jurídica obrigacional, uma vez que cada um deles possui partes, objeto, causa e garantia próprios. Há,

---

<sup>161</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 99-101.

<sup>162</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. *op. cit.* p. 101;

PENTEADO, Luciano de Camargo Penteado. *op. cit.* p. 472-473.

<sup>163</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. *op. cit.* p. 129.

<sup>164</sup> *ibidem*. p. 132.

<sup>165</sup> *ibidem*, p. 137.

porém, entre eles um vínculo de natureza funcional na medida em que constituem elementos de uma operação financeira unificada e sistematizada. Essa vinculação não demorou a ser percebida pelo direito, que deixou de focar sua análise na relação contratual individualizada e passou a concentrar suas atenções no “negócio” em que se inserem tais contratos<sup>166</sup>.

...o individualismo contratual vem deixando passo à contratação grupal. E isto não é casual, pois o que se persegue é, agora, um resultado negocial, uma operação econômica global, procurada através de um programa, que uma ou várias empresas se propõem. Trata-se, agora, de contratos entrelaçados num conjunto econômico, perseguindo o que passou a se chamar *uma mesma prestação essencial*, um todo contratual, para um mesmo e único negócio. O realce é dado ao negócio, e não ao contrato<sup>167</sup>.

É importante se destacar que, para que se constitua uma rede contratual, não basta que exista um interesse comum ou um mero nexó funcional entre um grupo de contratos. Para que se tenha uma rede de contratos, o nexó entre eles tem de ser sistemático<sup>168</sup>. Trata-se de um vínculo que não decorre meramente da vontade das partes, mas sim um vínculo objetivo que se constrói através de uma relação interdependência entre os contratos, que faz com que a existência de um contrato só faça sentido na medida em que os outros contratos do sistema também existam<sup>169</sup>.

Considerando, então, que as redes contratuais constituem sistemas, é possível se identificar nelas características de *unidade e ordenação*.

Se as redes contratuais funcionam de modo sistemático, então deve haver unidade entre seus elementos, que são os contratos que dela fazem parte. Essa unidade é alcançada a partir do momento em que todos os contratos da rede convergem para a realização de uma única operação econômica, fazendo com que surja, entre eles, uma finalidade econômico-social supracontratual<sup>170</sup>. Cada contrato possui sua motivação própria, mas por trás deles existe uma causa sistemática, que transcende a individualidade dos contratos. Nas palavras de Lorenzetti:

Na conexão existe um interesse associativo que se satisfaz mediante um negócio que requer vários contratos unidos em um sistema; a causa nestes suportes vincula sujeitos que são partes de distintos contratos, situando-se fora do vínculo bilateral, mas dentro do sistema ou rede contratual. Ele significa que existe uma finalidade-

<sup>166</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 138.

<sup>167</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset. Contratos conexos. Grupos y redes de contratos. In: TORRES, Andreza Cristina Baggio. **Teoria Contratual pós-moderna: as redes contratuais na sociedade de consumo** [dissertação]. Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná; 2005. p. 39

<sup>168</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. *op. cit.* p. 139-140

<sup>169</sup> TORRES, Andreza Cristina Baggio. **Teoria Contratual pós-moderna: as redes contratuais na sociedade de consumo** [dissertação]. Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná; 2005. p. 40.

<sup>170</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. *op. cit.* p. 145-147.

econômico-social que constitui a razão de ser de sua união; se desequilibra-se a mesma, afeta-se todo o sistema, e não somente um dos contratos<sup>171</sup>.

Não basta, porém, que os elementos do sistema estejam unidos, pois é necessário também que essa vinculação se dê de forma organizada. Esse requisito da “ordenação” se relaciona com objetivos de estabilidade, persistência temporal e equilíbrio do sistema.

Todavia, como dito, o vínculo que une os contratos da rede prescinde da manifestação de vontade dos participantes do negócio, o que significa que não haverá previsão, nos instrumentos contratuais, de quaisquer direitos e deveres entre as partes de diferentes contratos da rede. Em princípio, cada participante possui vínculo obrigacional apenas com aqueles com quem contratou, não tendo relação jurídica com os outros participantes do negócio.

É preciso, então, explicar de onde surgem os mecanismos que, vinculando a atuação de todos os agentes da operação econômica, venham a garantir a estabilidade, a persistência temporal e o equilíbrio do sistema representado pela rede contratual. Tais mecanismos são fornecidos, não por meio de previsão legal ou contratual, mas sim por meio de deveres laterais de conduta, que se impõem aos participantes do negócio através de princípios, com destaque para o princípio da boa-fé objetiva. Como explica Lorenzetti:

...é um problema de convivência; são contratos distintos, mas não podem conviver um sem o outro; não funcionam caso o sistema fracasse. Disto surge a obrigação de contribuir à manutenção do grupo ou do sistema. Isto é, que não assumem obrigações bilaterais, mas deveres secundários de conduta, com referência ao grupo<sup>172</sup>.

Diz ainda o mesmo autor:

As uniões de contratos deste tipo requerem uma inter-relação econômica e técnica que deve ser mantida para o seu funcionamento, conformando-se o equilíbrio objetivo que denominamos causa sistemática. É incompatível com o mesmo que se impute à empresa cargas excessivas, que logo recairão sobre os demais contratantes integrantes da rede, como também o é que a empresa estabeleça cláusulas abusivas que desequilibrem o sistema fazendo com que somente os consumidores suportem os riscos<sup>173</sup>.

Rodrigo X. Leonardo classifica tais deveres acessórios em: i) dever lateral de contribuição para manutenção do sistema; ii) dever lateral de observação da reciprocidade

---

<sup>171</sup> LORENZETTI, Ricardo Luiz. Tratado de los contratos. In: LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 146-147.

<sup>172</sup> *ibidem.*, p. 151.

<sup>173</sup> LORENZETTI, Ricardo Luiz. Tratado de los contratos. In: TORRES, Andreza Cristina Baggio. **Teoria Contratual pós-moderna: as redes contratuais na sociedade de consumo** [dissertação]. Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná; 2005. p. 61.

sistemática das obrigações; iii) dever lateral de proteção das relações contratuais internas ao sistema<sup>174</sup>.

O dever lateral de contribuição para manutenção do sistema se vincula à necessidade de se preservar a estabilidade e persistência temporal da rede contratual. Quando se atenta contra o sistema, o objetivo final da rede, que é a consecução de uma operação econômica, fica prejudicado, o que acaba por trazer consequências danosas a todos os envolvidos no negócio. Então, no intuito de preservar a integridade do sistema, para que se possa atingir de forma satisfatória os objetivos econômicos da rede contratual, proíbe-se que participantes do negócio modifiquem injusta ou intempestivamente seus vínculos sistemáticos, quando tais modificações acarretem prejuízos à rede<sup>175</sup>.

Já o dever de observação de reciprocidade sistemática das obrigações está relacionado a uma preocupação em garantir o devido equilíbrio dentro do sistema, pois, numa rede contratual, é preciso que haja mais do que a corresponsabilidade apenas entre as prestações das partes de cada contrato singular. A corresponsabilidade dentro do sistema deve abranger o negócio como um todo, exigindo um equilíbrio entre as prestações de todos os participantes da operação econômica<sup>176</sup>.

Por derradeiro, o dever lateral de proteção das relações contratuais internas ao sistema está vinculado aos deveres de cuidado, de informação, de lealdade e de assistência que precisam estar presentes entre as partes do negócio.

Os deveres de cuidado, ou de proteção, obrigam a que cada participante do negócio cuide para que não ocorram lesões aos outros partícipes. Os deveres de informação implicam que devem eles informar uns aos outros sobre todos os aspectos que sejam relevantes ao negócio em questão<sup>177</sup>.

Já os deveres de assistência, ou de cooperação, se relacionam com o caráter duradouro das relações que compõem a rede, pois impõem, aos participantes do negócio, que se auxiliem mutuamente durante a execução do negócio, ensinando, por exemplo, como resolver problemas que venham a surgir com produtos adquiridos ou serviços prestados<sup>178</sup>.

---

<sup>174</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 151.

<sup>175</sup> *ibidem*.

<sup>176</sup> *ibidem*. p. 151-152.

<sup>177</sup> TORRES, Andreza Cristina Baggio. **Teoria Contratual pós-moderna: as redes contratuais na sociedade de consumo** [dissertação]. Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná; 2005. p. 59.

<sup>178</sup> *ibidem*.

Por fim, os deveres de lealdade exigem que as partes se abstenham de praticar quaisquer atos que possam prejudicar a execução da operação econômica ou causar um desequilíbrio no jogo de prestações construído na rede<sup>179</sup>.

É notório, diante do que foi exposto, que o grande desafio que a prática das redes contratuais impõe ao direito é o de garantir que princípios como o da função social do contrato, equilíbrio econômico e boa-fé objetiva, que representam conquistas de um paradigma constitucionalizado do direito contratual, tenham sua real eficácia mantida, mesmo quando aplicados a esse contexto muito mais complexo.

Nessa tarefa, um problema que sem dúvida merece atenção redobrada é o de como assegurar a devida proteção do consumidor final dos produtos e serviços dentro dessas redes contratuais, pois

Se os privados decidem potencializar a fruição econômica de suas atividades mediante a criação de redes de contratos, as expectativas contratuais que devem ser protegidas não são apenas as expectativas das partes contratantes, mas também de todos aqueles que interagem em rede, *sobretudo os destinatários finais desta relação, presumivelmente vulneráveis ante a organização empresarial que lhes precede*. (grifou-se)

Defende-se, desse modo, a existência de uma *para-eficácia* entre os contratos em rede, sintetizada em um dever geral de proteção em favor do sistema explicitado nos diversos deveres laterais provenientes dos objetivos de ordem sistemática acima destacados, sem prejuízo de um dever de proteção dos destinatários finais dos produtos e serviços ofertados mediante uma rede de contratos. (grifo do autor)<sup>180</sup>

Sendo assim, convém analisar como essa questão tem sido enfrentada no âmbito do direito comparado, onde se tem sustentado, em diversos casos, a propagação de invalidades e ineficácias entre os contratos que constituam partes de um único negócio.

O primeiro destaque a ser feito, nesse ponto, se dá em relação à legislação comunitária europeia, que, através das *diretivas* da Comunidade Econômica Europeia, tem avançado consideravelmente na proteção do consumidor dentro das redes contratuais. Assim, a Diretiva 85/374 de 1985 deixa consignado, em seu preâmbulo que “a proteção do consumidor exige que todos os participantes no processo de produção sejam responsabilizados se o produto acabado, a parte componente ou a matéria-prima por eles fornecidos apresentarem qualquer defeito”.

---

<sup>179</sup> TORRES, Andreza Cristina Baggio. **Teoria Contratual pós-moderna: as redes contratuais na sociedade de consumo** [dissertação]. Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná; 2005. p. 59.

<sup>180</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 154.

Neste mesmo sentido, a Diretiva 87/102 de 1986 prevê a possibilidade de para-eficácia entre contratos de fornecimento de bens e serviços e contratos de mútuo, quando: a) haja, entre os agentes econômicos envolvidos no negócio, um acordo pré-existente, onde o mutuante se comprometa a fornecer crédito à disposição exclusiva dos clientes do fornecedor; b) ocorra algum problema na execução dos serviços ou no fornecimento dos bens; c) e o consumidor não tenha tido sucesso em obter a satisfação de seu direito demandando o fornecedor<sup>181</sup>.

A razão para isto é bastante óbvia: tais contratos estão vinculados a uma única operação econômica, sendo inevitável que os fatos pertinentes a um dos contratos gerem consequências também no outro.

Também merece ser citada a Diretiva 93/13 de 1993, que trata de abusividade de cláusulas contratuais nos seguintes termos:

Sem prejuízo do artigo 7o, o carácter abusivo de uma cláusula poderá ser avaliado em função da natureza dos bens ou serviços que sejam objeto do contrato e mediante consideração de todas as circunstâncias que, no momento em que aquele foi celebrado, rodearam a sua celebração, bem como de todas as outras cláusulas do contrato, *ou de outro contrato de que este dependa*. (grifou-se)<sup>182</sup>

Esse mesmo diploma normativo, ao arrolar, em seu anexo, um conjunto exemplificativo de cláusulas abusivas, afirma, em seu item 1.b, serem eivadas de abusividade cláusulas que tenham como objetivo ou efeito

Excluir ou limitar de forma inadequada os direitos legais do consumidor em relação ao profissional *ou a uma outra parte* em caso de não execução total ou parcial ou de execução defeituosa pelo profissional de qualquer das obrigações contratuais, incluindo a possibilidade de compensar uma dívida para com o profissional através de qualquer caução existente. (grifou-se)

---

<sup>181</sup> Directiva 87/102/CEE:  
Artigo 11º

1. Os Estados-membros assegurarão que a existência de um contrato de crédito não influenciará de maneira alguma os direitos do consumidor contra o fornecedor dos bens ou serviços adquiridos ao abrigo desse contrato, nos casos em que os bens ou serviços não sejam fornecidos ou de qualquer modo não estejam em conformidade com o contrato relativo ao seu fornecimento.

2. O consumidor terá o direito de demandar o mutuante quando:

a) Com vista a adquirir bens ou obter serviços, um consumidor celebrar um contrato de crédito com terceira pessoa diversa do fornecedor desses bens e serviços, e

b) O mutuante e o fornecedor de bens ou serviços tiverem um acordo pré-existente ao abrigo do qual o mutuante põe o crédito à disposição exclusiva dos clientes desse fornecedor para aquisição de bens e serviços ao mesmo fornecedor, e

c) O consumidor a que se refere a alínea a) obtiver tal crédito em conformidade com o referido acordo pré-existente, e

d) Os bens ou serviços abrangidos pelo contrato de crédito não sejam fornecidos ou só parcialmente o sejam ou não sejam conformes com o contrato de fornecimento, e

e) O consumidor tiver demandado o fornecedor mas não tenha obtido a satisfação a que tiver direito.

Os Estados-membros determinarão em que medida e em que condições pode ser exercido este direito.

<sup>182</sup> DIRECTIVA 93/13/CEE de 1993, Artigo 4º, 1.

No direito espanhol, se destacam as disposições da *Ley de crédito al consumo*, que vincula a eficácia do contrato de consumo à eficácia do contrato de financiamento, permitindo também ao consumidor exercer, em face do prestador de financiamento, os mesmos direitos que este puder exercer perante o fornecedor de produtos e serviços, na hipótese em que tenha obtido crédito de uma empresa diversa da do fornecedor e exista acordo prévio entre estas empresas para concessão de crédito exclusivo aos clientes do fornecedor<sup>183</sup>.

Na Alemanha, muito antes das diretivas da Comunidade Econômica Europeia, já se admitia, na doutrina e jurisprudência, a existência de um vínculo jurídico entre contratos coligados, o que se dava através de uma interpretação inovadora dos §§ 139<sup>184</sup> e 313<sup>185</sup> do

---

<sup>183</sup> Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo:  
Artículo 14.

1. La eficacia de los contratos de consumo, en los que se establezca expresamente que la operación incluye la obtención de un crédito de financiación, quedará condicionada a la efectiva obtención de ese crédito.

Artículo 15.

1. El consumidor, además de poder ejercitar los derechos que le correspondan frente al proveedor de los bienes o servicios adquiridos mediante un contrato de crédito, podrá ejercitar esos mismos derechos frente al empresario que hubiera concedido el crédito, siempre que concurran todos los requisitos siguientes:

a) Que el consumidor, para la adquisición de los bienes o servicios, haya concertado un contrato de concesión de crédito con un empresario distinto del proveedor de aquellos.

b) Que entre el concedente del crédito y el proveedor de los bienes o servicios, salvo que se trate de aquellos previstos en el párrafo siguiente de la presente letra, exista un acuerdo previo, concertado en exclusiva, en virtud del cual aquél ofrecerá crédito a los clientes del proveedor para la adquisición de los bienes o servicios de éste.

En el caso de que se provean servicios de tracto sucesivo y prestación continuada, que entre el concedente del crédito y el proveedor de los mismos exista un acuerdo previo en virtud del cual aquél ofrecerá crédito a los clientes del proveedor para la adquisición de los servicios de éste.

El consumidor dispondrá de la opción de concertar el contrato de crédito con otro concedente distinto al que está vinculado el proveedor de los bienes y servicios en virtud de acuerdo previo.

c) Que el consumidor haya obtenido el crédito en aplicación de acuerdo previo mencionado anteriormente.

d) Que los bienes o servicios objeto del contrato no hayan sido entregados en todo o en parte, o no sean conforme a lo pactado en el contrato.

e) Que el consumidor haya reclamado judicial o extrajudicialmente, por cualquier medio acreditado en derecho, contra el proveedor y no haya obtenido la satisfacción a la que tiene derecho.

<sup>184</sup> Section 139

Partial invalidity

If a part of a legal transaction is void, then the entire legal transaction is void, unless it is to be assumed that it would have been undertaken even without the void part.

<sup>185</sup> Section 313

Interference with the basis of the transaction

(1) If circumstances which became the basis of a contract have significantly changed since the contract was entered into and if the parties would not have entered into the contract or would have entered into it with different contents if they had foreseen this change, adaptation of the contract may be demanded to the extent that, taking account of all the circumstances of the specific case, in particular the contractual or statutory distribution of risk, one of the parties cannot reasonably be expected to uphold the contract without alteration.

(2) It is equivalent to a change of circumstances if material conceptions that have become the basis of the contract are found to be incorrect.

(3) If adaptation of the contract is not possible or one party cannot reasonably be expected to accept it, the disadvantaged party may revoke the contract. In the case of continuing obligations, the right to terminate takes the place of the right to revoke.

BGB, que era utilizada como fundamento para um contágio de invalidades entre os contratos em rede<sup>186</sup>.

Em um momento posterior, houve a edição, em 1984, da *Abzahlungsgeschäft*, que trazia regulamentação das vendas a prazo e vedava em seu §6º, a prática de negócios elusivos, voltados para realizar, em uma forma jurídica diversa, os escopos vedados por esta lei. Apesar de não tratar diretamente de negócios coligados, essa disposição da AbzG foi utilizada pelos tribunais alemães para reconhecer a coligação entre contratos de compra e venda e contratos de financiamento, chegando a admitir a suspensão do pagamento do financiamento com base em exceções que, em princípio, poderiam ser opostas somente ao vendedor. Trata-se do fenômeno que foi chamado de *einwendungsdurchgriff* (penetração de exceções), que se baseava na ideia de que não se poderia permitir que os desdobramentos de uma operação econômica unitária em dois contratos estruturalmente diversos acarretassem prejuízos ao consumidor.

Foi, no entanto, com o advento, em 1990, da *Verbrauchercreditgesetz* que a coligação contratual passou a ter tratamento expresso na legislação alemã, através de disposição afirmando que

um contrato de venda é coligado a um contrato de crédito, quando o crédito sirva para financiamento do preço da aquisição e entre os contratos seja considerada uma unidade econômica. Ocorre uma unidade econômica quando aquele que presta o crédito se vale da colaboração do vendedor na preparação ou na conclusão do contrato de crédito<sup>187</sup>.

Esta mesma lei consagra, em seu §9.3, a penetração das exceções (*einwendungsdurchgriff*) quando afirma que “o consumidor pode recusar o recebimento do crédito na medida em que exceções do contrato de compra vinculado lhe conferem direito frente ao vendedor a não realizar sua prestação”<sup>188</sup>.

---

<sup>186</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 164.

<sup>187</sup> Tradução de Adriana Espíndola Correa, colhida na obra: LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 166.

Trecho original:

§ 9 Verbundene Geschäfte

(1) Ein Kaufvertrag bildet ein mit dem Kreditvertrag verbundenes Geschäft, wenn der Kredit der Finanzierung des Kaufpreises dient und beide Verträge als wirtschaftliche Einheit anzusehen sind. Eine wirtschaftliche Einheit ist insbesondere anzunehmen, wenn der Kreditgeber sich bei der Vorbereitung oder dem Abschluß des Kreditvertrages der Mitwirkung des Verkäufers bedient.

<sup>188</sup> MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. La protección del consumidor de crédito en Alemania. In: LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 167.



Já o tratamento das redes contratuais pelo direito francês ocorreu de forma curiosa, pois, ao contrario do que sucedeu nos principais ordenamentos jurídicos da Europa continental, na França, a legislação veio a cuidar do assunto antes que houvesse uma produção doutrinária considerável acerca do tema<sup>189</sup>. Assim, a Lei francesa de 1978 foi o primeiro diploma normativo europeu a tratar da vinculação existente entre contratos de compra e venda e contratos de financiamento, estatuidando que quando houvesse a revogação do contrato de financiamento, poderia haver a resolução do contrato de compra e venda, sem qualquer ônus patrimonial adicional ao adquirente<sup>190</sup>.

Tal assunto volta a ser tratado no âmbito legislativo com o *Code de la consommation* francês, que também reconheceu a existência de um condicionamento entre o contrato de compra e venda e o contrato de financiamento, admitindo a possibilidade de o consumidor suspender o pagamento do financiamento caso esteja contestando a execução do contrato de fornecimento do produto ou serviço, garantindo ainda, ao adquirente, o direito de receber restituição das quantias pagas ao mutuante no caso de resolução judicial ou anulação do contrato de compra e venda<sup>191</sup>.

Na América do Sul, destaca-se a doutrina dos argentinos Jorge Mosset Iturraspe e Ricardo Luiz Lorenzzeti, dois teóricos de grande revelo internacional no tocante ao tema das redes contratuais. Infelizmente a legislação argentina não atingiu esse mesmo patamar de evolução, merecendo algum destaque apenas o disposto na Lei 24.999 de 1998, que veio a instituir responsabilidade solidária entre aqueles que participem da cadeia de fornecimento de produtos e serviços ao consumidor<sup>192</sup>.

No âmbito do direito brasileiro, doutrina e legislação ainda são bastante incipientes no tratamento das redes contratuais. O CDC, apesar de trazer alguns avanços – como, por exemplo, a possibilidade de responsabilizar todos os participantes da cadeia produtiva por

---

<sup>189</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 168-169.

<sup>190</sup> Loi n°78-22 de 10 janeiro de 1978:

Article 13

Le contrat de vente ou de prestation de services est résolu de plein droit, sans indemnité :

Si le prêteur n'a pas, dans le délai de sept jours prévu à l'article 7, informé le vendeur de l'attribution du crédit ;

<sup>191</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. *op. cit.* p. 169.

<sup>192</sup> Lei 24.999 de 24 julho de 1998:

ARTICULO 4°—Incorpórase al artículo 40, dentro del capítulo X de la ley 24.240 "responsabilidad por daños", con el siguiente texto:

Artículo 40: Responsabilidad. Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio.

danos que o produto venha a causar ao consumidor<sup>193</sup> – ainda se apresenta deficiente se comparado com a legislação europeia produzida sobre o tema.

---

<sup>193</sup> Código de Defesa do Consumidor:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

## 2 A HIPOTECA

Antes que se dê início á análise propriamente dita do problema proposto nesse trabalho, é fundamental que sejam tecidas algumas considerações sobre o instituto jurídico da hipoteca, procedendo-se a uma exposição de sua evolução histórica e dos contornos que assume no direito contemporâneo.

### 2.1 Origem histórica

Como bem se pode imaginar, a noção de garantia real não era algo presente nas sociedades mais primitivas. Na Grécia Antiga e no período inicial de Roma, a ideia de propriedade privada se encontrava intimamente ligada à religiosidade. Ao homem não era dado o poder de dispor livremente da terra que possuía, que era considerada imprescritível e inalienável<sup>194</sup>.

Entretanto, com o passar do tempo, essa inalienabilidade foi sendo paulatinamente mitigada e sua estreita vinculação com o mundo religioso foi aos poucos se esvaindo<sup>195</sup>. Como consequência dessa maior liberdade, o homem passou a poder ser mais criativo no modo como lidava com suas questões patrimoniais. Como disse Lafayette Rodrigues Pereira: “A ideia de assegurar o cumprimento da obrigação por via de uma garantia *real* deverá ter acudido ao espírito do homem logo que a experiência o advertiu da falibilidade da garantia puramente pessoal”(grifo do autor)<sup>196</sup>.

#### 2.1.1 As garantias reais no Direito romano

Apesar de existirem controvérsias, o que tem prevalecido entre os estudiosos é que a hipoteca tenha sido uma criação do Direito romano, onde, além do *pignus obligatvm* ou

---

<sup>194</sup> COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2011. *passim*

<sup>195</sup> *ibid.* p. 90

<sup>196</sup> PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas**. Campinas: Russel Editores, 2003. vol. 2. p. 39

*hypoteca*, teriam florescido outros dois relevantes direitos reais de garantia, que são a *fiducia cum creditore* e o penhor (*pignus*)<sup>197</sup>.

#### 2.1.1.1 A *fiducia cum creditore*

Desses três, o mais antigo é a *fiducia cum creditore*, que consistia num pacto onde o devedor transferia a propriedade de um bem ao seu credor, com a promessa de que este lhe restituía a coisa assim que a dívida fosse adimplida. Não são poucos, no entanto, os problemas ocasionados por essa forma de garantia. O primeiro inconveniente é que, ao transferir a propriedade do bem, o devedor ficava impossibilitado de usufruir da coisa enquanto não quitasse seu débito. Se o bem transferido fosse de valor muito superior ao da dívida contraída, surgia outro problema, uma vez que ele não poderia servir como garantia de outros créditos posteriormente. Além disso, o credor, tornando-se proprietário da coisa, poderia aliená-la livremente a um terceiro. Nesse caso, o devedor ficava desarmado, pois a ação que possuía para ter seu bem restituído só era eficaz se ajuizada contra a pessoa do credor, restando ao devedor apenas a possibilidade de obter indenização pelo não cumprimento do pacto<sup>198</sup>.

O credor também não se encontrava isento dos embaraços ocasionados pela *fiducia cum creditore*. Isso porque, se ele se descuidasse, permitindo que seu devedor recaísse na posse da coisa por período superior a um ano, este recuperaria a propriedade do bem. A isso era dado nome de *usureceptio*, que era uma modalidade especial de usucapião<sup>199</sup>.

Esses males citados podiam ser diminuídos através da pactuação de que o devedor continuaria na posse do bem dado em garantia na condição de locatário. Dessa forma, ele não ficaria privado do usufruto da coisa e o credor não mais precisaria temer a *usureceptio*. Porém, os outros inconvenientes se mantinham<sup>200</sup>.

---

<sup>197</sup> ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 13 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002. vol. I. p. 350; FONTANA, Rodrigo Ghisleni. **A hipoteca romana**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26073-26075-1-PB.pdf>>. p. 2;

NÓBREGA, Vandick Londres, **História e sistema do direito privado romano**. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1962. p. 301-311;

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas**. Campinas: Russel Editores, 2003. vol. 2. p. 39-43

<sup>198</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *op. cit.* p. 350-351;

NÓBREGA, Vandick Londres, *op. cit.* p. 301-302.

<sup>199</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *op. cit.* p. 302.

<sup>200</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *op. cit.* p. 302.

### 2.1.1.2 O penhor (*pignus datvm*)

No intuito de sanar alguns dos problemas apresentados pela *fiducia cum creditore*, surge, no século II a.C., o penhor (*pignus datvm*). Nessa nova modalidade de garantia, o devedor não mais precisava transferir a propriedade de seu bem ao credor, mas tão somente sua posse. Por não haver transferência da propriedade, diz-se que o *pignus* constitui espécie de *ius in re aliena*, pois se trata de um direito que recai sobre coisa alheia<sup>201</sup>.

Esse novo direito real de garantia impedia que o credor pudesse alienar a coisa, e o devedor, além de possuir a *actio pignoraticia*, que lhe permitia recuperar o bem das mãos do credor após quitado seu débito<sup>202</sup>, tinha também a possibilidade de ajuizar a *rei vindicatio* caso a coisa estivesse na posse de terceiro<sup>203</sup>. Contudo, dois embaraços persistiam. O devedor continuava privado do usufruto de seu bem enquanto durasse a garantia e, caso o bem garantidor fosse de valor muito superior ao do débito, ele não poderia ser dado como garantia de um novo crédito.

### 2.1.1.3 A hipoteca romana

Após o surgimento da *fiducia cum creditore* e do *pignus datvm*, o Direito romano presenciou o nascimento de um terceiro direito real de garantia: a hipoteca. Nela, ocorria um simples acordo estatuinto que alguns bens do devedor seriam dados em garantia ao credor, mas que não haveria transferência de propriedade e tampouco da posse<sup>204</sup>.

Existem três teorias para o surgimento da garantia hipotecária. A primeira delas atribui sua criação ao direito grego, o que se dá principalmente em virtude da origem grega do nome “*hypoteca*”. Todavia, estudos posteriores demonstraram que tal termo passou a ser utilizado tardiamente no direito romano, sendo que o instituto em si já existia muito antes de receber esse nome<sup>205</sup>.

---

<sup>201</sup> ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 13 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002. vol. I. p. 351-352; NÓBREGA, Vandick Londres, **História e sistema do direito privado romano**. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1962. p. 302-303.

<sup>202</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *op. cit.* p. 352.

<sup>203</sup> NÓBREGA, Vandick Londres. *op. cit.* p. 303.

<sup>204</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *op. cit.* p. 352; NÓBREGA, Vandick Londres. *op. cit.* p. 303-304.

<sup>205</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *op. cit.* p. 352-353; NÓBREGA, Vandick Londres. *op. cit.* p. 304-305.

Uma segunda tese cogita estar o nascimento desse modelo de garantia atrelado à figura da *praedia subdita vel subsignata*, que consistia na dação de imóveis como garantia do pagamento de dívidas contraídas perante o Estado ou o município. Não sendo quitado o débito, o bem era vendido em favor *aerarium*. Tal instituto, apesar de guardar muitas similitudes em relação à hipoteca romana, com ela não se confunde, já que exigia para sua constituição a *subsignata*, formalidade que era destinada a dar publicidade ao ato e que não estava presente na garantia hipotecária<sup>206</sup>.

A corrente mais aceita, então, é a terceira, que vincula o surgimento da hipoteca ao arrendamento de imóveis rurais, na época de Catão, o antigo<sup>207</sup>. Segundo essa hipótese, ao arrendar um imóvel rural, era comum que o indivíduo tivesse de dar, como garantia do pagamento dos aluguéis, o penhor dos *invecta et illata*, que eram os utensílios necessários à produção rural do imóvel. Contudo, como já se sabe, ao empenhar os *invecta et illata*, o arrendatário perde a posse deles, ficando privado de seu uso e impossibilitado de fazer com que a propriedade produza. Ademais, mesmo que seja possível o aluguel desses instrumentos de trabalho, o arrendatário estaria em uma posição desconfortável, pois ficaria à mercê da vontade do locador<sup>208</sup>.

Assim, percebeu-se que era necessária a criação de uma espécie de garantia que não implicasse a perda da posse do bem garantidor, convencionando-se que os *invecta et illata* continuariam garantindo os aluguéis, porém sua posse permaneceria com o arrendatário, havendo sua transmissão apenas na hipótese inadimplemento da dívida. Estava criado o *pignus cum non transit nec possessio ad creditorem*<sup>209</sup>. Essa nova forma de garantia passou a ser referida como *pignus conventum*<sup>210</sup> ou *pignus obligatum*<sup>211</sup>, diferenciando-se do *pignus datum*, que era o penhor. O termo *hypoteca*, como já dito, surgiu apenas em um momento posterior.

O sistema hipotecário romano, apesar de muito avançado para a época, não se encontra isento de críticas por parte da doutrina moderna, que aponta problemas decorrentes

---

<sup>206</sup> ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 13 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002. vol. I. p.352; FONTANA, Rodrigo Ghisleni. **A hipoteca romana**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26073-26075-1-PB.pdf>>. p. 3; NÓBREGA, Vandick Londres, **História e sistema do direito privado romano**. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1962. p. 304.

<sup>207</sup> NÓBREGA, Vandick Londres. *op. cit.* p. 304.

<sup>208</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *op. cit.* p. 352-353.

<sup>209</sup> FONTANA, Rodrigo Ghisleni. *op. cit.* p. 3.

<sup>210</sup> FONTANA, Rodrigo Ghisleni. *op. cit.* p. 3.

<sup>211</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *op. cit.* p.353

da falta de publicidade e especialidade do instituto. A hipoteca romana podia ser constituída por mero instrumento particular e era possível que incidisse sobre a totalidade do patrimônio de um indivíduo<sup>212</sup>. Não é difícil imaginar os inúmeros embaraços que um sistema assim ocasionava tanto ao credor hipotecário quanto aos adquirentes de coisas hipotecadas.

## 2.2 A hipoteca no direito brasileiro contemporâneo

É certo que a garantia hipotecária evoluiu e se aperfeiçoou com tempo, principalmente na parte que toca à sua publicidade e especialidade. Contudo, como se verá a seguir, as noções mais básicas dessa criação romana se encontram presentes no mundo jurídico até os dias de hoje.

### 2.2.1 Conceito

O Código Civil brasileiro, como também é tradição nos países europeus continentais<sup>213</sup>, se furta a trazer uma definição precisa para a hipoteca. A doutrina, por outro lado, sempre se mostrou pródiga nessa tarefa.

Para Maria Helena Diniz,

a hipoteca é um direito real de garantia de natureza civil, que grava coisa imóvel ou bem que a lei entende hipotecável, pertencente ao devedor ou a terceiro, sem transmissão de posse ao credor, conferindo a este o direito de promover a sua venda judicial, pagando-se, preferencialmente, se inadimplente o devedor<sup>214</sup>

Lafayette Rodrigues Pereira define o instituto como “...o *direito real*, constituído em favor do credor sobre coisa imóvel do devedor ou de terceiro, tendo por fim sujeita-la exclusivamente ao pagamento da dívida, sem todavia tirá-la da posse do dono”.<sup>215</sup> Note-se que, na época em que tal obra foi escrita (1877), ainda não existia a hipoteca marítima nem a de aviões.

---

<sup>212</sup> ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 13 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002. vol. I. p. 350; PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas**. Campinas: Russel Editores, 2003. vol. 2. p. 43

<sup>213</sup> BUFULIN, Augusto Passamani. **Hipoteca: constituição, eficácia e extinção**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.21.

<sup>214</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 573.

<sup>215</sup> PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *op. cit.* p. 47.

Por fim, Clóvis Beviláqua diz que “*Hypoteca* é um direito real, que recae sobre imóvel, navio, ou aeronave, alheio, para garantir qualquer obrigação de ordem econômica, sem transferência da posse do bem gravado para o credor”(grifo do autor).<sup>216</sup>

Hipoteca é, então, um tipo de garantia, pois pretende garantir uma obrigação; é garantia real, pois está vinculada a uma coisa, que geralmente é imóvel; e possui, como característica peculiar, a não transferência de posse.

### 2.2.2 Características

Passa-se, agora, a uma análise mais minuciosa e completa dos atributos da garantia hipotecária.

O primeiro aspecto da hipoteca digno de análise é a sua condição de garantia. Segundo Luciano de Camargo Penteado, a relação jurídica obrigacional pode ser contemplada em dois níveis. No primeiro, estão o poder de exigir do credor e o dever de prestar do devedor. No segundo plano, se encontra a garantia, que se traduz “na possibilidade de realizar o conteúdo do crédito, forçadamente, sobre determinados bens ou conjunto de bens”<sup>217</sup>. A incidência da garantia se dá sobre bens porque vigora no direito moderno o princípio da responsabilidade patrimonial, onde o corpo do devedor não pode responder por suas dívidas, mas apenas seu patrimônio<sup>218</sup>.

O tipo mais comum de garantia é a genérica, que alcança tão somente o patrimônio do devedor como um todo. Já a garantia pessoal apresenta um nível um pouco maior de segurança, pois, nela, há um terceiro que assume a responsabilidade de pagar a dívida em caso de inadimplemento do devedor principal.<sup>219</sup>

Pode ocorrer ainda que um bem específico ou conjunto específico de bens seja designado para garantir o cumprimento de uma obrigação. Nesse caso, a garantia deixa de se vincular a uma pessoa e passa a vincular-se a uma coisa, surgindo para o credor, em caso de inadimplemento, o direito de excussão, que é o poder de alienar judicialmente o bem e de

---

<sup>216</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas**. Brasília: Senado Federal, 2003. vol. 2. p. 129.

<sup>217</sup> PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 518.

<sup>218</sup> *ibidem*, p. 518.

<sup>219</sup> *ibidem*, p. 518-519.



satisfazer seu crédito de forma preferencial com o produto da venda. A isso se dá o nome de garantia real<sup>220</sup>.

Dentre as diversas garantias reais admitidas no direito brasileiro, pode-se apontar, como principal característica peculiar à hipoteca, o fato de a posse e a propriedade da coisa dada em garantia serem mantidas com o devedor, que continua exercendo sobre ela todos os poderes inerentes à condição de proprietário, podendo inclusive aliená-la a terceiro<sup>221</sup>.

Da condição de direito real de garantia se extraem ainda três importantes aspectos da hipoteca, quais sejam: direito de sequela, direito de preferência e acessoriedade.

O direito de sequela significa que, uma vez gravada a hipoteca no registro do bem, o credor passa a ter o poder de perseguir a coisa onde e com quem quer que esteja para exercer o direito de excussão. Observe-se que, mesmo que a propriedade do bem tenha sido regularmente alienada a terceiro, o bem ainda pode ser executado. Por isso se diz que a hipoteca é oponível *erga omnes*<sup>222</sup>.

Além do direito de sequela, o credor possui também o direito de preferência sobre o produto da venda do bem hipotecado. Isso quer dizer que o dinheiro arrecadado na alienação judicial da coisa será utilizado primeiro para satisfazer o crédito hipotecário e somente o que dele restar será alcançado pelos credores quirografários<sup>223</sup>.

Já a natureza acessória da hipoteca é retirada do fato de que ela só existe em função de garantir uma obrigação de natureza econômica<sup>224</sup>. A hipoteca é, como diz Lafayette Pereira, “...um direito real criado para assegurar a eficácia de um direito pessoal”<sup>225</sup>. E, sendo acessório, acompanha sempre o mesmo destino do principal. Se extinta, anulada ou resolvida a obrigação principal, desaparece também a garantia hipotecária<sup>226</sup>.

---

<sup>220</sup> BUFULIN, Augusto Passamani. **Hipoteca**: constituição, eficácia e extinção. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 24-25;

DINIZ, Maria helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 507;

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 518-519.

<sup>221</sup> DINIZ, Maria helena. *op. cit.* p. 589-590.

<sup>222</sup> BUFULIN, Augusto Passamani. *op. cit.* p. 30-31.

DINIZ, Maria helena. *op. cit.* p. 573;

<sup>223</sup> BUFULIN, Augusto Passamani. *op. cit.* p. 31-34.

DINIZ, Maria helena. *op. cit.* p. 573;

<sup>224</sup> BUFULIN, Augusto Passamani. *op. cit.* p.35-37.

DINIZ, Maria helena. *op. cit.* p. 575;

<sup>225</sup> PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas**. Campinas: Russel Editores, 2003. vol. 2. p. 48.

<sup>226</sup> DINIZ, Maria helena. *op. cit.* p. 575-576.

Outro atributo que sem dúvida merece atenção é a indivisibilidade da hipoteca, que encontra fundamento no art. 1.421, do Código Civil: “O pagamento de uma ou mais prestações da dívida não importa exoneração correspondente da garantia, ainda que esta compreenda vários bens, salvo disposição expressa no título ou na quitação.”

Note-se que essa não é uma característica essencial do instituto. Trata-se uma opção feita pelo legislador, que, no intuito de conferir maior solidez à garantia, estabeleceu que, mesmo no caso de inadimplemento parcial, o credor ainda poderá se valer da totalidade do valor da coisa para ver seu crédito satisfeito<sup>227</sup>. Entende-se, por esse motivo, que, além de renunciável pelo credor<sup>228</sup>, a indivisibilidade pode ser afastada em casos que afrontem o princípio da boa-fé objetiva<sup>229</sup>.

O próprio Código Civil, aliás, impõe exceção à indivisibilidade em seu art. 1.488:

Se o imóvel, dado em garantia hipotecária, vier a ser loteado, ou se nele se constituir condomínio edilício, poderá o ônus ser dividido, gravando cada lote ou unidade autônoma, se o requererem ao juiz o credor, o devedor ou os donos, obedecida a proporção entre o valor de cada um deles e o crédito

### 2.2.3 Requisitos

Os requisitos objetivos da constituição da hipoteca dizem respeito aos bens que podem ser hipotecados. Por haver a possibilidade de a coisa dada em garantia ser alienada judicialmente para satisfação do crédito hipotecário, o primeiro requisito para validade da hipoteca é alienabilidade do bem garantidor<sup>230</sup>.

Note-se que a inalienabilidade não se confunde com impenhorabilidade. Os objetos de uso pessoal, por exemplo, apesar de impenhoráveis, são passíveis de alienação, podendo ser gravados de garantia real<sup>231</sup>.

Ademais, mesmo bens considerados inalienáveis, podem ter essa condição excetuada pela lei, permitindo sua hipoteca. É o caso do bem de família<sup>232</sup>, que pode ser hipotecado desde que a dívida tenha sido contraída em benefício da entidade familiar<sup>233</sup>.

---

<sup>227</sup> BUFULIN, Augusto Passamani. **Hipoteca**: constituição, eficácia e extinção. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 85;

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 574.

<sup>228</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas**. Brasília: Senado Federal, 2003. vol. 2. p. 29.

<sup>229</sup> AG 420710; rel. Ministro Castro Filho, DJ 02.05.2003.

<sup>230</sup> DINIZ, Maria Helena. *op. cit.* p. 576;

BUFULIN, Augusto Passamani. *op. cit.* p. 63.

<sup>231</sup> BUFULIN, Augusto Passamani. *op. cit.* p. 63-67.

Porém, para que possa ser hipotecado, além de atender ao requisito genérico da alienabilidade, o bem deve estar incluído no rol taxativo do art. 1.473, do Código Civil:

Art. 1.473. Podem ser objeto de hipoteca:

I - os imóveis e os acessórios dos imóveis conjuntamente com eles;

II - o domínio direto;

III - o domínio útil;

IV - as estradas de ferro;

V - os recursos naturais a que se refere o art. 1.230, independentemente do solo onde se acham;

VI - os navios;

VII - as aeronaves.

VIII - o direito de uso especial para fins de moradia; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)

IX - o direito real de uso; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)

X - a propriedade superficiária. (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)

Como requisito subjetivo da hipoteca, tem-se o seguinte: pode hipotecar a coisa aquele que tem poder para aliená-la<sup>234</sup>. Apenas o proprietário do bem pode oferecê-lo em garantia hipotecária<sup>235</sup>. Se a hipoteca for constituída por procuração, esta deverá trazer poderes especiais expressos<sup>236</sup>.

Admite-se, no entanto, a validade de hipoteca instituída por quem não é proprietário, desde que este venha a adquirir a propriedade da coisa posteriormente. É o que diz o art. 1.420, do Código Civil: “A propriedade superveniente torna eficaz, desde o registro, as garantias reais estabelecidas por quem não era dono”.

---

<sup>232</sup> LEI Nº 8.009, DE 29 DE MARÇO DE 1990:

“Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

(...)

V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar”

<sup>233</sup> STJ, REsp 997.261-SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 15/3/2012.

<sup>234</sup> Código Civil:

Art. 1.420. Só aquele que pode alienar poderá empenhar, hipotecar ou dar em anticrese; só os bens que se podem alienar poderão ser dados em penhor, anticrese ou hipoteca.

<sup>235</sup> BUFULIN, Augusto Passamani. **Hipoteca**: constituição, eficácia e extinção. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 47.

DINIZ, Maria helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 584;

<sup>236</sup> DINIZ, Maria helena. *op. cit.* p. 584.

Há também que se falar nos requisitos formais da hipoteca. O primeiro aspecto formal essencial ao instituto é a existência de um título ou documento que materialize a garantia. A hipoteca convencional surge de um acordo de vontades entre credor e devedor. A hipoteca legal se constitui através de sentença de especialização. A hipoteca judicial, por fim, tem como título constitutivo a carta de sentença ou mandado judicial<sup>237</sup>.

Observe-se que, para atender ao princípio da especialidade, o título constitutivo deve conter os seguintes dados: a identificação do outorgante da garantia e de quem a está recebendo; o valor do crédito, com o prazo fixado para pagamento e taxa de juros, se houver; e a descrição dos bens dados em garantia com suas especificações<sup>238</sup>.

De posse do título constitutivo, os interessados podem requerer o registro da hipoteca, que é a materialização do princípio da publicidade. Esse registro deve ser feito no cartório de imóveis do local onde se encontra o bem garantidor, e é apenas a partir dele que a hipoteca adquire a condição de direito real e passa a ser oponível *erga omnes*<sup>239</sup>.

O tempo do registro também é algo extremamente relevante, pois é da ordem cronológica dos assentos que se retira a ordem de preferência entre vários credores hipotecários de um mesmo bem<sup>240</sup>.

#### 2.2.4 Espécies

São três as espécies de hipoteca admitidas no direito brasileiro: a convencional, a legal e a judicial.

A hipoteca convencional pode incidir sobre qualquer obrigação de natureza econômica e surge de um acordo de vontades entre o outorgante da garantia e o credor da obrigação principal. Nas obrigações de dar, a hipoteca garante a entrega do objeto da prestação e, nas de fazer e não fazer, assegura o pagamento de indenização pelo inadimplemento<sup>241</sup>.

---

<sup>237</sup> DINIZ, Maria helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 585.

<sup>238</sup> *ibidem*, p. 585-586.

<sup>239</sup> BUFULIN, Augusto Passamani. **Hipoteca**: constituição, eficácia e extinção. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 205;

DINIZ, Maria helena. *op. cit.* p. 586.

<sup>240</sup> Código Civil:

Art. 1.493. Os registros e averbações seguirão a ordem em que forem requeridas, verificando-se ela pela da sua numeração sucessiva no protocolo.

Parágrafo único. O número de ordem determina a prioridade, e esta a preferência entre as hipotecas.

<sup>241</sup> DINIZ, Maria helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 600-601.

A hipoteca legal surge da necessidade de conferir proteção especial a determinadas pessoas, que possuam bens confiados à administração alheia<sup>242</sup>. Os principais casos de ocorrência desse tipo de garantia se encontram arrolados no art. 1.489, do Código Civil:

Art. 1.489. A lei confere hipoteca:

I - às pessoas de direito público interno (art. 41) sobre os imóveis pertencentes aos encarregados da cobrança, guarda ou administração dos respectivos fundos e rendas;

II - aos filhos, sobre os imóveis do pai ou da mãe que passar a outras núpcias, antes de fazer o inventário do casal anterior;

III - ao ofendido, ou aos seus herdeiros, sobre os imóveis do delinquente, para satisfação do dano causado pelo delito e pagamento das despesas judiciais;

IV - ao co-herdeiro, para garantia do seu quinhão ou torna da partilha, sobre o imóvel adjudicado ao herdeiro reponente;

V - ao credor sobre o imóvel arrematado, para garantia do pagamento do restante do preço da arrematação.

Já a hipoteca judicial é aquela que surge em virtude de sentença judicial condenatória. Essa garantia não recai sobre todo o patrimônio do devedor, apenas sobre o suficiente para assegurar o cumprimento da obrigação imposta.

São os seguintes os requisitos da hipoteca judicial: a) sentença de natureza condenatória; b) liquidez do débito; c) especialização; e d) registro, que é ordenado pelo juiz através de mandado. Maria Helena Diniz<sup>243</sup> afirma ser também requisito o trânsito em julgado da sentença, o que é desnecessário segundo Luciano de Camargo Penteado<sup>244</sup>.

### 2.2.5 Extinção

O modo mais comum de extinção da hipoteca é por via acessória, que se dá quando se extingue a obrigação principal. Satisfeito o crédito pelo seu adimplemento ou sendo ele invalidado por qualquer vício, desaparece também sua garantia. Existem, todavia, hipóteses onde a hipoteca se extingue independentemente da obrigação que assegura:

---

<sup>242</sup> BUFULIN, Augusto Passamani. **Hipoteca**: constituição, eficácia e extinção. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 125;

DINIZ, Maria Helena. *op. cit.* p. 601.

<sup>243</sup> *ibidem*. p. 607-608;

<sup>244</sup> PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 552.

a) *Pelo perecimento da coisa*<sup>245</sup>. Sendo destruída a coisa, elimina-se o ônus real que a agravava. Porém, se o perecimento se der por culpa de terceiro, o bem destruído se sub-roga na indenização recebida pelo devedor, tendo ele preferência sobre seu produto<sup>246</sup>.

Note-se que, para que haja extinção da hipoteca, a destruição da coisa deve ser total, pois se parte do bem subsistir, mantém-se a garantia em relação a ela<sup>247</sup>. No caso de destruição parcial surge ainda para o credor o direito de solicitar substituição ou reforço da garantia, sob pena de vencimento antecipado da obrigação principal<sup>248</sup>.

b) *Pela resolução da propriedade*<sup>249</sup>. Se o devedor tiver apenas a propriedade resolúvel do bem garantidor, com o implemento da condição resolutiva, deixa de ser proprietário, extinguindo-se o ônus real que havia sobre a coisa<sup>250</sup>. Se, no entanto, o domínio é resolvido por uma causa superveniente não vinculada à causa da aquisição, o ônus real é mantido. Isso se dá, por exemplo, no caso de revogação de doação por ingratidão<sup>251</sup>.

c) *Pela renúncia do credor*<sup>252</sup>. Trata-se de ato unilateral, pois não exige aceitação do devedor, pelo qual o credor hipotecário, sendo capaz para dispor do crédito, renuncia à condição de credor preferencial, assumindo a posição de quirografário<sup>253</sup>.

d) *Pela remição*<sup>254</sup>. Algumas pessoas possuem, por força legal, a faculdade de livrar o imóvel hipotecado do seu ônus real, através da quitação do débito hipotecário no lugar do devedor, sem que haja necessidade da anuência do credor. A isso se denomina remição hipotecária. São três os casos em que isso pode ocorrer<sup>255</sup>.

---

<sup>245</sup> Art. 1.499, II, do Código Civil.

<sup>246</sup> Art. 1.425, § 1º, do Código Civil.

<sup>247</sup> BUFULIN, Augusto Passamani. **Hipoteca**: constituição, eficácia e extinção. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 223-224;

DINIZ, Maria helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 610-611.

<sup>248</sup> Art. 1.425, I, do Código Civil.

<sup>249</sup> Art. 1.499, III, do Código Civil.

<sup>250</sup> Código Civil:

Art. 1.359. Resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possui ou detenha.

<sup>251</sup> BUFULIN, Augusto Passamani. *op. cit.* p. 224-225;

DINIZ, Maria helena. *op. cit.* p. 611;

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas**. Campinas: Russel Editores, 2003. vol. 2. p. 312.

<sup>252</sup> Art. 1.499, IV, do Código Civil.

<sup>253</sup> BUFULIN, Augusto Passamani. *op. cit.* p. 225-226;

DINIZ, Maria helena. *op. cit.* p. 611.

<sup>254</sup> Art. 1.499, V, do Código Civil

<sup>255</sup> BUFULIN, Augusto Passamani. **Hipoteca**: constituição, eficácia e extinção. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 166-167;

DINIZ, Maria helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 597;

Quando existe pluralidade de credores hipotecários sobre um mesmo bem, apenas o credor da primeira hipoteca possui o direito de excussão da coisa. Aos outros resta apenas o direito de se satisfazerem sucessivamente, após a quitação do crédito ou dos créditos que estejam à sua frente na ordem de preferência. É possível, porém, que um dos credores menos privilegiados prefira quitar o débito da primeira hipoteca, extinguindo-a, e sub-rogando-se no direito do credor primário<sup>256</sup>. Note-se que esse tipo de remição é permitida somente após vencido e não pago o débito da primeira hipoteca<sup>257</sup>.

Também se admite que a remição seja feita pelo adquirente do imóvel hipotecado, no prazo de 30 dias contados do registro da compra, sem a necessidade de que o débito hipotecário esteja vencido<sup>258</sup>. Nesse caso, a obrigação do devedor permanece intacta, devendo, agora, adimpli-la perante o adquirente do bem<sup>259</sup>.

Por fim, a última hipótese de remição é aquela feita pelo próprio devedor ou pelos membros de sua família. Após a realização da praça para alienação do imóvel hipotecado, é dada a essas pessoas a oportunidade de remir a hipoteca do imóvel e manter o bem no círculo familiar<sup>260</sup>. Para tanto, é preciso que se ofereça preço igual ao do maior lance ofertado ou igual ao valor da avaliação, se não tiver havido licitantes, o que lhes é permitido fazer até a assinatura do auto de arrematação ou até a publicação da sentença de adjudicação<sup>261</sup>.

e) *Pela sentença transitada em julgado*. A hipoteca pode ser extinta por sentença judicial que decrete sua nulidade ou anulabilidade.

f) *Pela prescrição aquisitiva*. Se terceiro vier a adquirir a coisa hipotecada por usucapião, receberá o bem livre de qualquer ônus real<sup>262</sup>.

g) *Pela arrematação ou adjudicação do imóvel*. Sendo o imóvel arrematado em hasta pública ou adjudicado pelo credor hipotecário, passará ao novo proprietário liberado da hipoteca<sup>263</sup>.

---

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 548-549.

<sup>256</sup> Art. 1.478, do Código Civil

<sup>257</sup> DINIZ, Maria helena. *op. cit.* p. 598;

PENTEADO, Luciano de Camargo. *op. cit.* p. 548.

<sup>258</sup> Art. 1.481, do Código Civil.

<sup>259</sup> BUFULIN, Augusto Passamani. *op. cit.* p. 171-172;

DINIZ, Maria helena. *op. cit.* p. 598-599;

PENTEADO, Luciano de Camargo. *op. cit.* p. 548-549.

<sup>260</sup> Art. 1.482, do Código Civil.

<sup>261</sup> BUFULIN, Augusto Passamani. *op. cit.* p. 186-187;

DINIZ, Maria helena. *op. cit.* p. 599-600;

PENTEADO, Luciano de Camargo. *op. cit.* p. 549.

<sup>262</sup> DINIZ, Maria helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 612.

h) *Pela consolidação ou confusão*. Ao recair a condição de devedor e credor hipotecários sobre o mesmo indivíduo, extingue-se a hipoteca, que não pode incidir sobre bem próprio<sup>264</sup>.

i) *Pela perempção legal ou usucapião de liberdade*. O prazo máximo de duração da garantia hipotecária no direito brasileiro é de trinta anos, podendo ser reduzido por convenção entre as partes. Após esse período, a hipoteca cessa seus efeitos, a não ser que seja renovada por novo título e novo registro, caso em que será mantida a sua ordem de preferência na matrícula do imóvel<sup>265</sup>.

Não se pode esquecer que, havendo a extinção da hipoteca, deve o interessado requer o cancelamento de seu registro em cartório para que passe, então, a valer em relação a terceiros. Para tanto, basta que se tenha prova da alegada extinção<sup>266</sup>.

---

<sup>263</sup> Art. 1.499, VI, do Código Civil.

<sup>264</sup> DINIZ, Maria helena. *op. cit.* p. 613

<sup>265</sup> *ibidem*, p. 613.

<sup>266</sup> BUFULIN, Augusto Passamani. **Hipoteca**: constituição, eficácia e extinção. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.176-277;  
DINIZ, Maria helena. *op. cit.* p. 614.



### 3. A INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

Além da hipoteca, outro instituto de fundamental importância para o estudo do objeto principal desse trabalho é o da incorporação imobiliária, sendo imprescindível que se realize uma breve análise sobre o tema.

#### 3.1 Aspectos históricos

Para que se possa entender o surgimento da incorporação imobiliária, é necessário que se conheça, antes, a história do chamado condomínio edilício, que é uma forma de copropriedade onde são encontradas tanto partes de uso exclusivo de cada condômino como partes de uso comum.

Há mais de dois mil anos antes de Cristo já existia, na Babilônia, a propriedade sobre fração de prédio ou casa. Da mesma forma, também se tem notícia de edificações com mais de um dono durante a Antiguidade clássica em locais como Egito, Grécia e Roma<sup>267</sup>. No entanto, não havia ainda, nesse período, as áreas comuns, próprias do condomínio edilício moderno. O que ocorria, normalmente, era a divisão do prédio por andares, sendo que cada andar pertencia a um indivíduo. Mesmo as escadas que davam acesso aos andares superiores não eram consideradas como propriedade comum, mas sim como uma espécie de servidão<sup>268</sup>.

Durante a Idade Média, eram ainda comuns tais prédios separados por andares e também casas conjugadas, como forma de melhor aproveitar o espaço disponível. Em Portugal, na Idade Moderna, essa prática já encontrava alguma regulamentação nas Ordenações Filipinas de 1603<sup>269</sup>, que também tinham aplicação no Brasil<sup>270</sup>.

A despeito disso, o Código Civil de 1916 não fazia menção alguma acerca possibilidade de haver condomínio em planos horizontais, pois trazia apenas a figura clássica

---

<sup>267</sup> GHEZZI, Leandro. **A incorporação imobiliária à luz do Código de Defesa do Consumidor e do novo Código Civil**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 59;  
RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. P. 8.

<sup>268</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *op. cit.* p. 8.

<sup>269</sup> Ordenações Filipinas, Livro I, Título 68, §34:

“E se huma casa for de dous senhorios, de maneira que hum delles seja o sótão, e de outro o sobrado, não poderá aquelle, cujo for o sobrado, fazer janela sobre o portal daquelle, cujo for o sótão, ou logea, nem outro edificio algum”

<sup>270</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *op. cit.* p. 8-9.

do condomínio geral. O que ocorria, então, era que, no início do século passado, não havia, no Brasil, a propriedade singular de unidades em edifícios. Em geral, os prédios eram erguidos por um indivíduo que tivesse recursos financeiros suficientes para tanto e que depois locava as unidades construídas. Todavia, a grande valorização dos terrenos e a crescente demanda por moradia tornaram esse sistema insustentável<sup>271</sup>.

O Decreto 5.481, de 25 de junho de 1928, surgiu como a primeira resposta legislativa ao problema ao dispor sobre a alienação parcial dos edifícios de mais de cinco andares. Assim, passou-se a permitir que as unidades dos prédios pudessem constituir propriedades autônomas, o que, aliado ao desenvolvimento da indústria da construção civil, permitiu o florescimento do negócio jurídico chamado de “incorporação imobiliária”<sup>272</sup>.

O que ocorria com mais frequência era que um indivíduo procurava o dono de um terreno bem localizado e lhe propunha a construção de um edifício sobre ele. Aperfeiçoado o negócio, já com o projeto elaborado, tal indivíduo oferecia a venda das unidades aos interessados. Quando havia número suficiente de compradores para custear o empreendimento, a obra se iniciava. Terminada a construção e vendidas todas as unidades, estas eram transferidas aos adquirentes através de uma única escritura pública<sup>273</sup>.

Todavia, com o crescimento desse tipo de atividade, logo foram evidenciados os problemas da regulamentação até então existente. Ocorre que o pífio tratamento conferido pelo Dec. 5.481/128 à incorporação imobiliária, dava ensejo a que pessoas mal-intencionadas tivessem facilidade em lesar os adquirentes das unidades. Além disso, certos resquícios da concepção tradicional de condomínio, como a necessidade de obter anuência dos outros condôminos para alienação das unidades, continuavam e valer no condomínio edilício e causavam embaraços aos adquirentes<sup>274</sup>.

Tudo isso fez com que, em 1964, o governo militar determinasse a elaboração de um anteprojeto que pudesse sanar tais problemas, dando ao negócio da incorporação imobiliária a devida regulamentação legislativa. Foi assim que surgiu a Lei 4.591/1964, que configurou um importante avanço no tratamento do tema, impondo uma série de deveres ao incorporador e garantindo uma proteção mais adequada aos adquirentes.

---

<sup>271</sup> GHEZZI, Leandro. **A incorporação imobiliária à luz do Código de Defesa do Consumidor e do novo Código Civil**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 60-62.

<sup>272</sup> *ibidem*. p. 62.

<sup>273</sup> *ibidem*. p. 62.

<sup>274</sup> *ibidem*. p. 63.

### 3.2 Conceito

É interessante notar que, de maneira didática, a própria lei das incorporações imobiliárias (Lei 4.591/1964) se preocupa em fornecer os conceitos básicos ligados a essa atividade:

Art. 28. As incorporações imobiliárias, em todo o território nacional, reger-se-ão pela presente Lei.

Parágrafo único. Para efeito desta Lei, **considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas.**

Essa conceituação legal não torna, entretanto, menos importantes as definições elaboradas por juriconsultos no âmbito doutrinário. Melhim Namem Chalhuh, por exemplo, assim se manifesta:

No campo dos negócios imobiliários, a expressão incorporação imobiliária tem o significado de mobilizar fatores de produção para construir e vender, durante a construção, unidades imobiliárias em edificações coletivas, envolvendo arregimentação de pessoas e articulação de uma série de medidas no sentido de levar a cabo a construção até sua conclusão, com individualização e discriminação das unidades imobiliárias no Registro de Imóveis. (grifo do autor)<sup>275</sup>

Arnaldo Rizzardo, por sua vez, traz a seguinte definição para o instituto:

Trata-se de atividade que procura unir pessoas e fundos para a construção de edificações, divididas em unidades imobiliárias individualizadas e discriminadas, que se destinam à venda, a qual se processa durante a própria construção. Mais conceitualmente, é a atividade de coordenação e execução de edificações imobiliárias (e não somente prédios), que vai desde a alienação de frações ideais, que se transformam em unidades imobiliárias em construção, com a sua destinação aos adquirentes quando prontas, e a efetivação do registro imobiliário. Vendem-se antecipadamente as unidades de um edifício com a construção planejada, ou unidades pendentes de construção, podendo inclusive ser vendida na “planta”<sup>276</sup>.

Percebe-se que se tem como característica mais peculiar do negócio de incorporação o fato de as unidades imobiliárias serem vendidas antes da conclusão da obra, ou seja, antes de efetivamente existirem. É esse o elemento marcante que identifica alguém como incorporador imobiliário, submetendo-o a todos os deveres e responsabilidades inerentes a essa condição.

---

<sup>275</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 10.

<sup>276</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. P. 233.

### 3.3 O incorporador imobiliário

Deve-se notar, primeiramente, que a Lei 4.591/64 também mostrou preocupação em definir a figura do incorporador imobiliário, o que o fez em seu art. 29:

Art. 29. Considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas.

O primeiro elemento digno de atenção nesse conceito é o fato de ser muito amplo. Perceba-se que o legislador, ao elaborá-lo, não teve por objetivo limitar a um grupo fechado de pessoas a condição de incorporador<sup>277</sup>. Trata-se de uma definição baseada na intenção do agente<sup>278</sup>. A princípio, é incorporador todo aquele que exerce atividade que tenha por objetivo viabilizar a construção de unidades imobiliárias autônomas para o fim de alienação antes da conclusão da obra. Não é exigido nenhum tipo de habilitação profissional específica para tanto.

Essa conceituação legal enfrenta, todavia, críticas por parte da doutrina, não tanto pelo seu conteúdo, mas por sua redação longa, confusa e sem técnica<sup>279</sup>. Diz-se que melhor seria se a redação aprovada fosse aquela formulada pelo autor do anteprojeto da lei: “Considera-se incorporador e se sujeita aos preceitos dessa lei toda pessoa física ou jurídica que promova a construção para alienação para alienação total ou parcial de edificação composta de unidades autônomas, qualquer que seja a sua natureza ou destinação”<sup>280</sup>.

Apesar do conceito do art. 29 ser bastante abrangente, o art. 31 do mesmo diploma impõem restrições acerca de quem está autorizado a desempenhar o papel de incorporador:

Art. 31. A iniciativa e a responsabilidade das incorporações imobiliárias caberão ao incorporador, que somente poderá ser:

a) o proprietário do terreno, o promitente comprador, o cessionário dêste ou promitente cessionário com título que satisfaça os requisitos da alínea a do art. 32;

<sup>277</sup> AVVAD, Pedro Elias. **Direito Imobiliário**: teoria geral e negócios imobiliários. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 617.

<sup>278</sup> AVVAD, Pedro Elias. *op. cit.* p. 616;

CHALHUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 15

<sup>279</sup> CHALHUB, Melhim Namem. *op. cit.* p. 15.

<sup>280</sup> O anteprojeto que deu origem à Lei 4.591/64 foi elaborado pelo Professor Caio Mário da Silva Pereira.

b) o construtor (Decreto número 23.569, de 11-12-33, e 3.995, de 31 de dezembro de 1941, e Decreto-lei número 8.620, de 10 de janeiro de 1946) ou corretor de imóveis (Lei nº 4.116, de 27-8-62).

c) o ente da Federação imitado na posse a partir de decisão proferida em processo judicial de desapropriação em curso ou o cessionário deste, conforme comprovado mediante registro no registro de imóveis competente. (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011)

Note-se que, por ser o responsável pela execução do empreendimento, não se pode conceber a figura de um incorporador que não possua poderes sobre o terreno suficientes para tanto. Então, no caso do promitente e do cessionário, estes devem estar imitados na posse do terreno e devem ter poderes expressos no título aquisitivo para demolir construções já existentes e para dividir e alienar as frações ideais do terreno. Na hipótese da alínea “c”, o incorporador deve possuir mandato trazendo poderes expressos para o implemento de todos os negócios necessários à incorporação<sup>281</sup>.

O incorporador surge desse modo como uma figura complexa e *sui generis*. Seus contornos são deveras maleáveis. Ele não precisa ser o dono do terreno e nem ser o construtor dos edifícios, mas ainda assim continua sendo a figura-chave do empreendimento. Ele é o agente que, apesar de não exercer diretamente várias das atividades essenciais ao negócio, é o responsável por unir e organizar todos os elementos necessários a sua efetivação.

Nesse sentido, Arnaldo Rizzardo, elenca alguns dos principais atos que caracterizam o incorporador imobiliário:

firmar contrato de aquisição do imóvel; figurar como prestador ou tomador de serviços necessários às obras; firmar contrato de permuta ou promessa de permuta relativamente ao terreno sobre o qual erigirá a edificação; celebrar contrato de promessa de compra e venda, de cessão ou promessa de cessão, na posição de adquirente ou promitente comprador, ou de cessionário; efetuar vendas de partes do imóvel, ou prometer a venda; proceder a venda de frações ideais e, quando da conclusão da construção, das unidades; ceder os créditos dos quais é titular; vender com pacto fiduciário as frações ideais ou as unidades; dar em garantia hipotecária o imóvel para fins de conseguir financiamento; negociar a posição contratual dos adquirentes de frações ideais ou unidades<sup>282</sup>.

Vale lembrar que pode ser equiparado a incorporador aquele que, apesar de inicialmente não pretender figurar como tal, acaba por, no curso do empreendimento, exercer atividade típica desse agente, alienando unidades imobiliárias autônomas antes da conclusão das obras<sup>283</sup>.

---

<sup>281</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 17.

<sup>282</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 242-243.

<sup>283</sup> Lei 4.591/64:

### 3.4 A atividade de incorporação

Delineada a figura do incorporador, passe-se agora a esmiuçar com mais precisão as atividades por ele exercidas.

#### 3.4.1 A aquisição do terreno

A primeira etapa necessária à execução de uma incorporação imobiliária é a obtenção do terreno. Antes de tudo, deve o incorporador analisar com zelo e cuidado o local em que pretende dar início ao seu empreendimento. Nesse sentido, deve ele ponderar acerca de questões como: a demanda existente na localidade para as unidades que pretende construir; se as normas edilícias da região são compatíveis com o projeto que tem em mente; e a viabilidade econômica da obra<sup>284</sup>.

Para cumprir esse objetivo, o incorporador pode simplesmente adquirir o terreno por compra e venda, entregando ao proprietário seu preço, ou pode haver a aquisição de direitos sobre este através de promessa de compra e venda ou promessa de cessão. Nesse último caso, o pagamento pode ser feito à vista ou parcelado, sendo ainda possível que se dê mediante permuta, que consiste no negócio pelo qual o incorporador se compromete a realizar a quitação de sua dívida com os antigos donos do terreno entregando-lhes algumas das unidades imobiliárias resultantes da obra<sup>285</sup>. Essa forma de aquisição é bastante usual, sendo conhecida como “permuta no local”<sup>286</sup>.

O mais usual é que seja transferida ao incorporador apenas uma parcela do terreno, deixando de fora do negócio a fração correspondente àquela que será vinculada às futuras unidades imobiliárias que receberá. A esse tipo de acerto se aplica, por analogia à regra do art. 533, do Código Civil, as disposições relativas à promessa de compra e venda<sup>287</sup>.

---

Art. 30. Estende-se a condição de incorporador aos proprietários e titulares de direitos aquisitivos que contratem a construção de edifícios que se destinem a constituição em condomínio, sempre que iniciarem as alienações antes da conclusão das obras.

<sup>284</sup> AVVAD, Pedro Elias. **Direito Imobiliário: teoria geral e negócios imobiliários**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 621.

<sup>285</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 21.

<sup>286</sup> AVVAD, Pedro Elias. *op. cit.* p. 621.

<sup>287</sup> CHALHUB, Melhim Namem. *op. cit.* p. 197.

### 3.4.2 Elaboração do projeto e registro do memorial de incorporação

Obtido o terreno, é preciso que seja elaborado posteriormente o projeto arquitetônico da obra, que deve ser produzido com o mesmo esmero empregado na escolha do local da construção. Depois de pronto o projeto, deve-se ainda submetê-lo à aprovação pelo órgão municipal competente<sup>288</sup>.

O projeto é parte integrante de outro elemento essencial ao negócio, que o memorial de incorporação. O memorial de incorporação consiste num conjunto de documentos que a lei considera imprescindíveis para o regular exercício da atividade e que estão arrolados no art. 32 da Lei 4.591/64. Tal documentação diz respeito basicamente ao título aquisitivo do terreno, certidões negativas do imóvel, documento técnicos e atestados e declarações do incorporador<sup>289</sup>. Também deve obrigatoriamente constar no memorial a prerrogativa de desistência prevista no art. 34 dessa mesma lei<sup>290</sup>.

Reunidos os documentos, o memorial deve ser registrado no cartório de imóveis. Segundo o art. 32 da Lei de Incorporações, só se poderá dar início à oferta pública das unidades imobiliárias quando o memorial de incorporação estiver devidamente arquivado, devendo o número do registro constar em todo o material publicitário relativo ao empreendimento<sup>291</sup>.

---

<sup>288</sup> AVVAD, Pedro Elias. **Direito Imobiliário**: teoria geral e negócios imobiliários. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 622;

CHALHUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 21.

<sup>289</sup> AVVAD, Pedro Elias. *op. cit.* p. 622.

<sup>290</sup> Lei 4.591/64:

Art. 34. O incorporador poderá fixar, para efetivação da incorporação, prazo de carência, dentro do qual lhe é lícito desistir do empreendimento.

<sup>291</sup> Lei 4.591/64:

Art. 32. O incorporador somente poderá negociar sobre unidades autônomas após ter arquivado, no cartório competente de Registro de Imóveis, os seguintes documentos:

(...)

§ 1º A documentação referida neste artigo, após o exame do Oficial de Registro de Imóveis, será arquivada em cartório, fazendo-se o competente registro.

(...)

§ 3º O número do registro referido no § 1º, bem como a indicação do cartório competente, constará, obrigatoriamente, dos anúncios, impressos, publicações, propostas, contratos, preliminares ou definitivos, referentes à incorporação, salvo dos anúncios "classificados".

### 3.4.3 Contratação da construção

É também etapa fundamental da incorporação a contratação da construção da obra. Os contratos podem ser firmados tanto diretamente entre os adquirentes e a construtora como entre esta e o incorporador. Na segunda hipótese, à medida que forem sendo vendidas as unidades, os compradores se sub-rogam nos direitos e obrigações do contrato de construção<sup>292</sup>. Já no caso a incorporadora atue também como construtora, o comum é que este contrato esteja implícito no contrato de incorporação<sup>293</sup>.

Em qualquer dos casos, permanece a responsabilidade do incorporador pela entrega das unidades no prazo e no preço previamente estipulados, cabendo-lhe ação regressiva contra a construtora se esta tiver culpa pela inexecução<sup>294</sup>.

Segundo o art. 48 da Lei 4.591/64, a construção pode ser contratada sob dois regimes: empreitada e administração<sup>295</sup>.

Na construção por empreitada, o preço da obra é contratualmente pré-estabelecido, podendo ser fixo ou reajustável. Ela pode abranger apenas a mão-de-obra ou incluir também o material da construção. Em qualquer dos casos, o contrato firmado será de prestação de serviços e será regido pelas disposições do capítulo VIII, do Livro V, do Código Civil (arts. 610 e seguintes). O pagamento nessa modalidade é feito por prazo certo, de acordo com um cronograma físico e um financeiro, que deverão integrar o contrato de construção<sup>296</sup>.

Já na hipótese de construção por administração, o serviço que é contratado é o da direção técnica dos trabalhos e fornecimento da mão-de-obra necessária à sua execução. Nessa modalidade, o custo não é pré-definido, mas apenas estimado, ficando os adquirentes

<sup>292</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 181-183.

<sup>293</sup> AVVAD, Pedro Elias. **Direito Imobiliário: teoria geral e negócios imobiliários**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 627.

<sup>294</sup> Lei 4.591/64:

Art. 43. Quando o incorporador contratar a entrega da unidade a prazo e preços certos, determinados ou determináveis, mesmo quando pessoa física, ser-lhe-ão impostas as seguintes normas:

(...)

II - responder civilmente pela execução da incorporação, devendo indenizar os adquirentes ou compromissários, dos prejuízos que a estes advierem do fato de não se concluir a edificação ou de se retardar injustificadamente a conclusão das obras, cabendo-lhe ação regressiva contra o construtor, se fôr o caso e se a este couber a culpa;

<sup>295</sup> Lei 4.591/64:

Art. 48. A construção de imóveis, objeto de incorporação nos moldes previstos nesta Lei poderá ser contratada sob o regime de empreitada ou de administração conforme adiante definidos e poderá estar incluída no contrato com o incorporador, ou ser contratada diretamente entre os adquirentes e o construtor.

<sup>296</sup> AVVAD, Pedro Elias. **Direito Imobiliário: teoria geral e negócios imobiliários**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 628-629;

CHALHUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 181-183.



responsáveis pelas variações de preço dos insumos e da mão-de-obra que venham a ocorrer. Disso decorre ser esse tipo de negócio denominado, inclusive pela lei, como “a preço de custo”. Nesse tipo de contrato, que é regido pelos arts. 58 a 62 da Lei 4.591/64, o orçamento dos custos da obra é periodicamente atualizado e as eventuais diferenças são repassadas às prestações a serem pagas pelos compradores<sup>297</sup>.

Esse modelo de construção, apesar de, na teoria, parecer mais vantajoso aos adquirentes, apresenta graves problemas práticos, já que exige uma fiscalização muito estrita por parte destes no intuito de evitar fraudes e desperdícios na execução da obra. Prova disso é o fato de que são raros os empreendimentos que se utilizam do modelo de construção por administração.

#### 3.4.4 Comercialização das unidades

Como é da natureza do negócio de incorporação, ao mesmo tempo em que a construção do edifício é executada ou até mesmo antes que seja iniciada, já se encontra em curso outra atividade essencial do incorporador, qual seja a da comercialização das unidades. Como já visto, com o regular registro do memorial de incorporação, está autorizada a incorporadora a dar início à oferta pública das unidades imobiliárias e a proceder à celebração do contrato de incorporação, que consiste mais comumente em uma promessa de compra e venda de coisa futura.

A promessa de compra e venda se trata de em um contrato típico do direito brasileiro, previsto inicialmente no Decreto-lei 58 de 10 de dezembro de 1937 e que, hoje, encontra respaldo também no Código Civil de 2002. Trata-se de negócio pelo qual as partes se obrigam à celebração de um contrato futuro, que é o contrato de compra e venda. Nele, o promitente vendedor, que possui o domínio sobre o imóvel, se compromete a transferir a propriedade ao promitente comprador, assim que este conclua o pagamento devido.

O que ocorre é que o promitente vendedor transfere ao promitente comprador os poderes inerentes ao *jus utendi* e *jus fruendi*, mantendo, porém, consigo a essência do *jus disponendi*. O promitente comprador fica, então, autorizado a usar e fruir do bem negociado

---

<sup>297</sup> AVVAD, Pedro Elias. **Direito Imobiliário**: teoria geral e negócios imobiliários. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 629-630;  
CHALHUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 183-184.

sem que possa exercer, no entanto, poderes como os de alienar e gravar de ônus real. O promitente vendedor conserva o domínio da coisa quase como uma espécie de garantia, de forma semelhante ao que ocorre na alienação fiduciária<sup>298</sup>.

Note-se que, uma vez registrada a promessa de compra e venda em cartório, constitui-se em favor do promitente comprador direito real de garantia, oponível *erga omnes*, que o permite adjudicar compulsoriamente o imóvel<sup>299</sup>, ainda que se encontre em poder de terceiros<sup>300</sup>.

No âmbito das incorporações imobiliárias, a promessa de compra e venda geralmente tem como objeto as futuras unidades do edifício a ser construído. Assim, mesmo que possa não estar expresso no contrato assinado, o incorporador se responsabiliza pela construção do prédio, pois este só será capaz de adimplir sua obrigação quando da entrega das unidades imobiliárias aos adquirentes, o que, por óbvio, só pode ocorrer após a finalização das obras e individualização das matrículas de cada apartamento<sup>301</sup>.

Menos comumente, tem-se também a possibilidade de uma promessa de compra e venda apenas da fração ideal do terreno, em conjunto com um contrato de construção. Negocia-se primeiro a fração ideal do terreno, através de promessa de compra e venda e, ao mesmo tempo, mas em separado, há a contratação da construção das futuras unidades imobiliárias<sup>302</sup>.

### 3.5 Extinção da incorporação

A maneira mais natural de extinção da incorporação se dá pela sua conclusão, o que ocorre com o cumprimento pelo incorporador e pelo adquirente de suas respectivas obrigações contratuais.

---

<sup>298</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 176-177.

<sup>299</sup> O Superior Tribunal de Justiça entende que a adjudicação compulsória prescinde de registro para ser oposta ao promitente vendedor.

Sumula 239: O direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis.

Evidentemente que, para oposição em relação a terceiros, o registro se mostra indispensável.

<sup>300</sup> CHALHUB, Melhim Namem. *op. cit.* p. 175-178.

<sup>301</sup> *ibidem*. p. 178-179.

<sup>302</sup> *ibidem*. p. 181.

Da parte do comprador, não há muitas complexidades. Cabe a ele tão somente pagar o preço que foi acertado no contrato de incorporação. Normalmente, quando da entrega das chaves, o restante o valor a pagar é quitado através de financiamento com alguma instituição bancária.

Já em relação ao incorporador, o adimplemento contratual não é tão simples. Sua primeira obrigação é a conclusão da construção do edifício e a obtenção do habite-se perante a administração pública. Feito isso, deve ainda averbar a construção no Registro de Imóveis<sup>303</sup>, individualizando e discriminando as unidades imobiliárias autônomas e instituindo o condomínio edilício<sup>304</sup>.

Por fim, é preciso que haja a outorga, aos adquirentes, das escrituras de compra e venda das unidades autônomas; ou, no caso de promessa de compra e venda de fração ideal em conjunto com contrato de construção, outorga das escrituras compra e venda da fração ideal do terreno com entrega de termo de quitação do contrato de construção<sup>305</sup>.

Note-se que a entrega das chaves é precedida de uma vistoria pelo adquirente da unidade que comprou, para que se verifique que o adimplemento da obrigação de fazer da incorporadora ocorreu de acordo com as especificações do memorial de incorporação<sup>306</sup>.

Existe, todavia, a possibilidade de que a incorporação se extinga antes de sua conclusão. As hipóteses mais comuns são<sup>307</sup>: resilição bilateral (distrato); resilição unilateral por parte do incorporador<sup>308</sup>, restituindo aos adquirentes as quantias recebidas<sup>309</sup>; resolução do contrato por inadimplemento do incorporador, caso em que os adquirentes, se quiserem,

---

<sup>303</sup> Lei 4.591/64:

Art. 44. Após a concessão do "habite-se" pela autoridade administrativa, o incorporador deverá requerer a averbação da construção das edificações, para efeito de individualização e discriminação das unidades, respondendo perante os adquirentes pelas perdas e danos que resultem da demora no cumprimento dessa obrigação.

<sup>304</sup> *ibidem*. p. 325-327.

<sup>305</sup> *ibidem*. p. 327.

<sup>306</sup> AVVAD, Pedro Elias. **Direito Imobiliário**: teoria geral e negócios imobiliários. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 643.

<sup>307</sup> AVVAD, Pedro Elias. *op. cit.* p. 644-645;

CHALHUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 327-333.

<sup>308</sup> Lei 4.591/64:

Art. 34. O incorporador poderá fixar, para efetivação da incorporação, prazo de carência, dentro do qual lhe é lícito desistir do empreendimento.

<sup>309</sup> Lei 4.591/64:

Art. 36. No caso de denúncia de incorporação, nos termos do art. 34, se o incorporador, até 30 dias a contar da denúncia, não restituir aos adquirentes as importâncias pagas, êstes poderão cobrá-la por via executiva, reajustado o seu valor a contar da data do recebimento, em função do índice geral de preços mensalmente publicado pelo Conselho Nacional de Economia, que reflita as variações no poder aquisitivo da moeda nacional, e acrescido de juros de 6% ao ano, sobre o total corrigido.

poderão assumir a execução da obra<sup>310</sup>; e resolução contratual por inadimplemento do adquirente.

---

<sup>310</sup> Lei 4.591/64:

Art. 43. Quando o incorporador contratar a entrega da unidade a prazo e preços certos, determinados ou determináveis, mesmo quando pessoa física, ser-lhe-ão impostas as seguintes normas:

(...)

VI - se o incorporador, sem justa causa devidamente comprovada, paralisar as obras por mais de 30 dias, ou retardar-lhes excessivamente o andamento, poderá o Juiz notificá-lo para que no prazo mínimo de 30 dias as reinicie ou torne a dar-lhes o andamento normal. Desatendida a notificação, poderá o incorporador ser destituído pela maioria absoluta dos votos dos adquirentes, sem prejuízo da responsabilidade civil ou penal que couber, sujeito à cobrança executiva das importâncias comprovadamente devidas, facultando-se aos interessados prosseguir na obra.

#### **4 FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO, INCORPORAÇÕES E HIPOTECA: AS QUESTÕES ENFRENTADAS PELA SÚMULA Nº 308 DO STJ**

É fato que uma incorporação imobiliária consiste em um empreendimento que exige um enorme aporte de capital em sua realização. Entretanto, é bastante raro que existam adquirentes que, já no início da obra, sejam capazes de oferecer, de uma só vez, todo o montante que será devido pelo recebimento de sua unidade autônoma.

Diante disso, a solução óbvia para tal dificuldade é a busca desses recursos no mercado de crédito, cabendo à incorporadora a tarefa de encontrar instituição financeira disposta a financiar seu empreendimento. Nessa busca por financiamento, é comum que, no intuito de obter melhores condições de crédito ou até mesmo para atender condição imposta à sua concessão, o incorporador forneça, como garantia real do empréstimo que está tomando, a hipoteca do terreno onde o futuro edifício da incorporação será erigido. Note-se que essa hipoteca, inclusive por força do art. 1.474<sup>311</sup>, abrangerá também tudo o que for levantado no terreno dado em garantia, o que significa que as unidades autônomas que serão construídas posteriormente também estarão inclusas na hipoteca.

Ocorre que, por vezes, a incorporadora, agindo de forma irresponsável, ao receber dos adquirentes as parcelas por eles devidas ao longo da construção, desvia tais recursos financeiros para outros propósitos que não a quitação de seu débito hipotecário. Entretanto, como bem se sabe, a hipoteca, na qualidade de direito real de garantia, se vincula à coisa independentemente de com quem esta se encontre, tendo, desse modo, eficácia *erga omnes*. Isso significa dizer que, a princípio, mesmo que os compradores houvessem pagado a totalidade do valor de suas unidades habitacionais à empresa incorporadora, tal fato não teria força suficiente para obstar o exercício, pela instituição financeira, do direito de excussão inerente ao direito real de hipoteca.

Dito isso, já é possível se imaginar os inúmeros embaraços e injustiças que esse tipo de situação foi capaz de gerar aos adquirentes de imóveis de incorporação, o que levou o Superior Tribunal de Justiça (STJ), diante dos incontáveis casos que enfrentou envolvendo tais problemas, a desenvolver o entendimento consubstanciado em sua Súmula nº 308, afirmando que “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou

---

<sup>311</sup> Código Civil:

Art. 1.474. A hipoteca abrange todas as acessões, melhoramentos ou construções do imóvel. Subsistem os ônus reais constituídos e registrados, anteriormente à hipoteca, sobre o mesmo imóvel.

posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”.

Como se verá adiante, os casos que possuem relação com o tema tratado nessa súmula são bastante variados, possuindo peculiaridades que justificam seu estudo em grupos separados. O que se pretende, neste capítulo, é identificar as principais situações passíveis de sofrer incidência da Súmula nº 308 do STJ, analisando-as à luz de um paradigma constitucionalizado do direito civil.

#### **4.1 As hipotecas instituídas após a assinatura dos compromissos de compra e venda**

O primeiro grupo de situações a ser estudado nessa parte ocorre quando, no momento em que a garantia hipotecária é levada a registro, já existam promessas de compra e venda firmadas entre incorporadora e adquirentes, tendo como objeto unidades autônomas a serem construídas no terreno hipotecado.

Um caso que exemplifica bem a situação descrita foi objeto de análise no REsp 329.968 – DF<sup>312</sup>, onde a incorporadora Encol S/A contraiu, perante o Banco Itaú, empréstimo, oferecendo, como garantia, a hipoteca do terreno de uma suas incorporações. Ocorre, entretanto, que tal contrato de crédito foi assinado dois meses antes da concessão do habite-se e três dias antes da entrega das unidades da referida incorporação. Ora, se o empréstimo foi tomado nessas condições, é óbvio que os recursos obtidos não seriam utilizados na realização daquele empreendimento, cuja construção já se encontrava praticamente finalizada.

Desse modo, em primeira instância, foi declarada pelo juiz a nulidade da hipoteca,

seja porque não se pode dar em garantia imóvel já prometido à venda, seja porque teria havido simulação entre a construtora Encol e o banco, uma vez que este era sabedor das promessas de venda dos apartamentos e ainda assim concedeu financiamento para concluir obra presumivelmente já acabada, dado que a hipoteca foi firmada dois meses antes do ‘habite-se’ e muito depois da promessa de venda

No julgado, ressaltou-se a atuação negligente que o banco teve nessa situação, pois aceitou receber uma hipoteca que viria a incidir sobre unidades habitacionais já prometidas à venda, o que significa que a constituição de tal garantia estaria eivada de vício. Como disse o eminente relator, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira:

---

<sup>312</sup> STJ - REsp: 329968 DF 2001/0077393-0, Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 09/10/2001, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 04.02.2002 p. 394RJADCOAS vol. 36 p. 81RSTJ vol. 156 p. 382RT vol. 802 p. 188.

Com efeito, a garantia hipotecária padece de um vício de existência que a macula de nulidade desde o nascedouro, precisamente a celebração anterior de um compromisso de compra e venda e o pagamento integral do preço do imóvel. Tais peculiaridades da espécie estão a indicar a negligência da instituição financeira em não observar a situação do empreendimento, ao conceder financiamento hipotecário à construtora Encol para edificar um prédio de apartamentos.

Ocorre que a promessa de compra e venda tem o condão de gerar uma “limitação do poder de disposição do proprietário que o constitui. Uma vez registrado, impedido fica de alienar o bem, e, se o fizer, o compromissário comprador, sendo titular de um direito de sequela, pode reivindicar a propriedade do imóvel”<sup>313</sup>. Assim sendo, como só pode hipotecar a coisa aquele que possui poder para aliená-la, a ilação que disso se extrai é a de que não pode o incorporador gravar de hipoteca o terreno, após ter assinado promessa de compra e venda das unidades autônomas com os compradores.

O que ocorreu, no caso, é que a garantia hipotecária foi concedida com base em uma autorização expressa contida na promessa de compra e venda assinada pelo adquirente. No entanto, esta cláusula contratual é manifestamente abusiva por ser violadora dos deveres de lealdade, probidade e correção impostos pelo princípio da boa-fé objetiva.

Para esclarecer melhor os argumentos utilizados para se impugnar a validade da hipoteca, é interessante reproduzir alguns trechos da sentença de primeiro grau, proferida pelo Juiz César Laboissière Loyola:

Nesse ponto é bem de ver que o Banco Réu foi vítima de sua própria negligência. Mesmo na época em que celebraram o contrato já se divulgava pela imprensa os rumos que vinham tomando os negócios da Encol.

Mesmo que assim não fosse, a prudência recomenda que para a concessão de vultosos créditos se proceda a uma investigação na 'saúde' financeira do contraente. In casu, ou o Banco assim não procedeu, ou assumiu o risco da operação.

Os seguintes motivos me levam à convicção de ser nula a hipoteca ajustada.

A garantia foi concedida em face de expressa autorização contida em cláusula do contrato de promessa de compra e venda ajustado entre o Autor e a Encol. Ocorre que tal cláusula, conforme já se demonstrou, por ser abusiva e contrária à boa-fé e à equidade, são nulas de pleno direito.

De outra parte, segundo o artigo 756, do CC, só quem pode alienar pode hipotecar, e só as coisas que se pode alienar podem ser hipotecadas.

Resta claro que o imóvel objeto de promessa de compra e venda está entre as coisas as quais não se pode alienar, exceto, é claro, para o promitente comprador. Por isso não poderia ser dado em hipoteca.

---

<sup>313</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 5 : direito das coisas. 7. ed. São Paulo : Saraiva, 2012. p. 490.

É certo que o promitente vendedor continua com o domínio do bem, e o poder de disposição, é inerente a ele, mas tendo sido o bem objeto de contrato de promessa de compra e venda tal poder é limitado, porquanto advindo a condição suspensiva a que está sujeito o negócio - no presente caso a quitação do preço, obriga-se o promitente vendedor a transferir a propriedade.

Nesse sentido a lição do Min. Athos Carneiro no voto proferido no REsp 247, cujo trecho transcreve-se:

'O promitente vendedor ainda é dono do imóvel, mas o é sob aquele *minus* derivado das obrigações que assumiu, de outorga da escritura definitiva, em virtude do contrato quitado de promessa de compra e venda'.

Se não podia dispor da coisa não poderia gravá-la com a hipoteca.

[...]

O Banco era sabedor de que as unidades do empreendimento imobiliário eram objeto de contrato de promessa de compra e venda, afinal esta a atividade da empresa com a qual contratara. Ademais, na própria matrícula do imóvel se verifica que a averbação do memorial descritivo e da incorporação do condomínio antecede à hipoteca.

[...]

Quanto à afirmação do Banco, de que o deferimento do pedido concernente à escrituração dá unidade imobiliária sem a inscrição do ônus hipotecário existente o colocaria em situação de risco grave, cabe observar que, segundo já ressaltado, o risco ele próprio criou ao negociar sem se cercar das elementares cautelas nesse tipo de negócio, seja porque já sabia que a garantia era objeto de contrato de promessa de compra e venda, seja porque não investigou a capacidade financeira da cliente.

Ademais, em comparação com a perda econômica que poderia advir para o Autor, por mais abonado que este fosse, não se me afigura razoável que um dos maiores Bancos privados do país viesse a ter graves prejuízos. Afinal, o risco é inerente à sua atividade.

Graves prejuízos sofreram aqueles que, investindo muitas vezes a economia de toda uma vida, se viram desprovidos do sonho de possuírem a sua própria moradia" (fls. 210-213)

Percebe-se que a falha da instituição financeira em questão foi enxergar sua relação com a incorporadora de forma isolada, hermética. Não atentou ela para o fato de que o contrato de financiamento que firmou está inserido em um contexto mais amplo. Contexto esse que influencia e é influenciado pela relação de crédito construída entre o banco e a empresa incorporadora. Assim sendo, não poderia ter agido o banco da forma que agiu, desconsiderando o fato de que as unidades autônomas que seriam atingidas pela hipoteca já haviam sido prometidas a vários adquirentes e que a única justificativa lógica para que se forneça o aludido terreno em hipoteca seria a obtenção de recursos financeiros para a consecução da obra que nele seria realizada.



Assim sendo, na medida em que recebeu hipoteca de imóvel de incorporadora cuja construção já estava praticamente acabada, não merece o banco ver sua garantia real acolhida pelo direito, uma vez que tal acolhimento representaria grave ofensa aos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

Questão parecida com essa foi analisada pelo STJ no REsp nº 410.306 - DF<sup>314</sup>, onde também a incorporadora Encol S/A concedeu, como garantia de empréstimo obtido junto ao Banespa, hipoteca de terreno, objeto de incorporação imobiliária, fundando-se em cláusula-mandato inserida na promessa de compra e venda assinada pelos adquirentes das unidades habitacionais, conferindo poderes à incorporadora para onerar o imóvel em questão com garantia hipotecária.

Ocorre que tal cláusula é nula, uma vez que se trata da instituição de mandato a ser exercido unicamente em benefício do mandatário, o que se mostra incompatível com a sistemática no CDC. Esse foi entendimento que embasou a decisão de segunda instância, proferida pelo TJDF<sup>315</sup>, ao afirmar que:

Na promessa de compra e venda, verificada uma cláusula contratual que outorgue um mandato em que o vendedor recebe poderes para atuar no seu único e exclusivo interesse, e em sentido contrário aos interesses do mandatário, com o escopo de possibilitar a disposição, a seu bel-prazer, de imóvel, onerando-o com hipoteca, esta deve ser declarada inválida, à vista do que aduz o Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido, disse a eminente relatora que “não se pode considerar válido um mandato em que o mandante recebe poderes para atuar no seu único e exclusivo interesse, e em sentido contrário aos interesses do mandatário”.

Note-se que esse entendimento encontra fundamento inclusive em disposição expressa do CDC, que, em seu art. 51, VIII, afirma que:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor

Cabe comentar ainda que o acórdão do Tribunal de Justiça faz interessante alusão ao desequilíbrio que cláusulas como essa representam dentro do negócio jurídico, afirmando que

---

<sup>314</sup> STJ - REsp: 410306 DF 2002/0013231-9, Relator: Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Data de Julgamento: 27/08/2002, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 07/10/2002 p. 265.

<sup>315</sup> TJ-DF - AC: 19980110770870 DF, Relator: ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO, Data de Julgamento: 18/09/2000, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: DJU 06/12/2000 Pág.: 30

“Resta comprovado evidente desequilíbrio contratual ao se prever uma vantagem desmedida e excessiva em favor do promitente vendedor, nada resultando em proveito do promitente comprador”.

É perceptível que a cláusula em questão afronta profundamente o princípio do equilíbrio contratual, na medida em que transfere a uma das partes o gravíssimo ônus de arcar com os riscos inerentes à atividade do incorporador, sem que receba em troca benefício algum. Não é justo que um dos contratantes possua o poder de, fundando-se em sua mera vontade, onerar a outra parte com obrigações que esta não havia assumido inicialmente. Isso fica muito bem demonstrado no parecer oferecido pelo Ministério Público na Apelação Cível ora comentada:

Evidentemente, há a antecipação do prejuízo, o adquirente já parte com enorme carga de desvantagem, num ônus do qual não tira proveito. É a lesão em sua mais pura forma, a anterioridade do prejuízo. O Código está aí para impedir esse abuso caracterizado e ao judiciário só resta cumprir a lei. Ainda que não houvesse lei expressa vedando o abuso, a lesão, o judiciário responderia ao anseio do cidadão por justiça, aplicando a teoria do bom senso, da igualdade do contrato no tocante à equivalência das prestações.

Quando um contratante institui multa em caso de mora é porque a outra parte sofre um prejuízo com o atraso ou a ausência da prestação não realizada. Porém quando um contrato institui um gravame que equivale a anular todas as prestações pagas, ainda que o devedor não incorra em mora ou descumprimento de qualquer prestação, evidentemente trata-se de um gravíssimo desequilíbrio contratual que quebra qualquer lógica de contrato. Fica patente o abuso, o desequilíbrio, a lesão, o vício que grassa o contrato, não valendo o princípio *pacta sunt servanda* porque não há pacto com essa cláusula, há imposição e lesão.

A questão referente a hipotecas firmadas após a assinatura das promessas de compra e venda é provavelmente a mais tranquila entre as que serão analisadas neste capítulo, uma vez que as soluções jurisprudenciais apresentadas não geram grande polêmica no âmbito doutrinário.

#### **4.2 Hipoteca já registrada quando da assinatura das promessas de compra e venda**

Problema um tanto mais turbulento ocorre no caso em que a hipoteca é firmada antes do início das negociações das unidades autônomas, sendo os adquirentes avisados dessa condição do terreno quando assinam o compromisso de compra e venda com a incorporadora.

Para o estudo desse tipo de situação, o principal julgado a ser analisado é o REsp 187.940 – SP<sup>316</sup>, que trata de incorporações realizadas dentro da sistemática do Sistema Financeiro da Habitação (SFH).

O Sistema financeiro da Habitação foi criado pela Lei nº 4.380, de 1964, com o intuito de promover a implantação de uma política habitacional com prioridade para a habitação de interesse social. Inicialmente, o principal órgão desse sistema era o Banco Nacional de Habitação (BNH), que tinha o papel de definir “as diretrizes gerais das operações dos órgãos e agentes do SFH, inclusive limites operacionais, taxas, juros, normas gerais de captação e de aplicação de recursos”<sup>317</sup>. O BNH foi mais tarde extinto pelo Decreto-lei nº 2.291 de 1986, sendo suas funções transferidas ao Banco Central.

O que se tem no caso em tela é que a incorporadora Construtora Marcovena S/A (depois substituída pela Unimov – Empreendimentos e Construções S/A) contraiu, perante a instituição financeira Delfin S/A, empréstimo hipotecário com vistas a realizar empreendimento de incorporação, sendo toda a operação realizada com recursos provenientes do SFH.

Ocorre que tal incorporadora, apesar de ter cientificado os adquirentes, quando da assinatura das promessas de compra e venda, da existência do ônus hipotecário, agiu posteriormente com má-fé em relação a esses compradores, uma vez que, à medida que foi recebendo destes os valores devidos pela aquisição de suas unidades habitacionais, não repassou tais recursos à instituição financeira, para que o imóvel pudesse ser liberado do gravame hipotecário.

A primeira observação feita pelo eminente relator, Min. Ruy Rosado Aguiar, em relação a esta situação foi no sentido de frisar o fato de o referido financiamento estar inserido dentro da sistemática do SFH, o que significa que indiscutivelmente a finalidade deste empréstimo era a de fornecer recursos que possibilitassem a construção de um prédio de apartamentos, cujas unidades seriam alienadas a diversos adquirentes:

Faço esse registro inicial porque é preciso definir que o financiamento concedido à empresa construtora tinha o fim único de permitir a construção de um prédio destinado a venda. Os terceiros adquirentes fariam o pagamento das suas prestações com recursos próprios diretamente à construtora, ou obteriam um financiamento pessoal junto à mesma ou a outra instituição financeira, hipótese em que tocaria a

---

<sup>316</sup> STJ - REsp: 187940 SP 1998/0066202-2, Relator: Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Data de Julgamento: 18/02/1999, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 21/06/1999 p. 164 RSTJ vol. 122 p. 347.

<sup>317</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 236.

esta saldar o débito do promissário comprador perante a construtora, ficando o imóvel hipotecado em favor da instituição que financiou o promissário comprador, adquirente final (mutuário). Nessa situação, cabe ao financiador do prédio construído para ser alienado cobrar-se da construtora, sobre os bens dela, sua devedora, ou sobre os créditos dela em relação aos terceiros adquirentes.

O que se quer dizer com isso é que, uma vez sabido que o empréstimo será utilizado para subsidiar atividade de incorporação, é obvio que o recursos que serão utilizados para a quitação da dívida serão os provenientes dos créditos que a incorporadora obtiver através da negociação das unidades habitacionais de seu empreendimento. Tanto é que, como também é citado no acórdão, a Lei 4.864, de 1964, dispõe da seguinte forma no que concerne às garantias oferecidas nas operações de financiamento imobiliário:

**Art. 22.** Os créditos abertos nos termos do artigo anterior pelas Caixas Econômicas, bem como pelas sociedades de crédito imobiliário, poderão ser garantidos pela caução, a cessão parcial ou a cessão fiduciária dos direitos decorrentes dos contratos de alienação das unidades habitacionais integrantes do projeto financiado.

§ 1º Nas aberturas de crédito garantidas pela caução referida neste artigo, vencido o contrato por inadimplemento da empresa financiada, o credor terá o direito de, independentemente de qualquer procedimento judicial e com preferência sobre todos os demais credores da empresa financiada, haver os créditos caucionados diretamente dos adquirentes das unidades habitacionais, até a final liquidação do crédito garantido.

§ 2º Na cessão parcial referida neste artigo, o credor é titular dos direitos cedidos na percentagem prevista no contrato, podendo, mediante comunicações ao adquirente da unidade habitacional, exigir, diretamente, o pagamento em cada prestação da sua percentagem nos direitos cedidos.

**Art. 23.** Na cessão fiduciária em garantia referida no art. 22, o credor é titular fiduciário dos direitos cedidos até a liquidação da dívida garantida, continuando o devedor a exercer os direitos em nome do credor, segundo as condições do contrato e com as responsabilidades de depositário.

§ 1º No caso de inadimplemento da obrigação garantida, o credor fiduciário poderá, mediante comunicação aos adquirentes das unidades habitacionais, passar a exercer diretamente todos os direitos decorrentes dos créditos cedidos, aplicando as importâncias recebidas no pagamento do seu crédito e nas despesas decorrentes da cobrança, e entregando ao devedor o saldo porventura apurado.

§ 2º Se a importância recebida na realização dos direitos cedidos não bastar para pagar o crédito do credor fiduciário, bem como as despesas referidas no parágrafo anterior, o devedor continuará pessoalmente obrigado a pagar o saldo remanescente.

§ 3º É nula a cláusula que autoriza o cessionário fiduciário a ficar com os direitos cedidos em garantia, se a dívida não for paga no seu vencimento.

§ 4º A cessão fiduciária em garantia somente valerá contra terceiros depois que o seu instrumento, público ou particular, qualquer que seja o seu valor, for arquivado por cópia no Registro de Títulos e Documentos.

Nesse sentido, convém reproduzir a esclarecedora forma como os juristas Miguel Reale, Miguel Reale Jr. e Pedro Alberto do Amaral Dutra enxergam a sistemática da relação que se dá entre instituição financeira, incorporador e adquirente, no âmbito do SFH:

A relação jurídica que o construtor estabelece, primeiro com o agente financeiro que lhe empresta recursos para a construção do imóvel, e, a seguir, com os adquirentes finais aos quais vende as unidades habitacionais, é transitória - e assim sua presença no circuito negocial do SFH - porquanto satisfaz o construtor sua dívida com o agente financeiro ao ceder a este o crédito resultante da venda das unidades habitacionais, para cuja compra irão os adquirentes finais buscar financiamento junto ao mesmo agente financeiro.

Os adquirentes finais tomam empréstimo junto às sociedades de crédito imobiliário - que vencerá correção monetária e juros - para compra a prazo dos imóveis do construtor, e este cede o crédito destas alienações à sociedade de crédito imobiliário, em quitação do empréstimo que com ela contraíra<sup>318</sup>.

Explica o eminente relator do caso:

A hipoteca que o financiador da construtora instituir sobre o imóvel garante a dívida dela enquanto o bem permanecer na propriedade da devedora; havendo transferência, por escritura pública de compra e venda ou de promessa de compra e venda, o crédito da sociedade de crédito imobiliário passa a incidir sobre "os direitos decorrentes dos contratos de alienação das unidades habitacionais integrantes do projeto financiado" (art. 22 da Lei nº 4.864/65), sendo ineficaz em relação ao terceiro adquirente a garantia hipotecária instituída pela construtora em favor do agente imobiliário que financiou o projeto. Assim foi estruturado o sistema e assim deve ser aplicado, especialmente para respeitar os interesses do terceiro adquirente de boa fé, que cumpriu com todos os seus compromissos e não pode perder o bem que lisamente comprou e pagou em favor da instituição que, tendo financiado o projeto de construção, foi negligente na defesa do seu crédito perante a sua devedora, deixando de usar dos instrumentos próprios e adequados previstos na legislação específica desse negócio.

As regras gerais sobre a hipoteca não se aplicam no caso de edificações financiadas por agentes imobiliários integrantes do sistema financeiro da habitação, porquanto estes sabem que as unidades a serem construídas serão alienadas a terceiros, que responderão apenas pela dívida que assumiram com o seu negócio, e não pela eventual inadimplência da construtora. O mecanismo de defesa do financiador será o recebimento do que for devido pelo adquirente final, mas não a excussão da hipoteca, que não está permitida pelo sistema.

Esse modo de enxergar a situação é ainda corroborado pelo fato de haver disposição, no contrato de financiamento, fazendo alusão expressa à cessão de créditos decorrentes da negociação das unidades habitacionais como forma de quitação da dívida hipotecária contraída. É o que se extrai da leitura das cláusulas 18 e 22 do contrato de mútuo:

Cláusula 18. - A mutuária liberar-se-á de suas obrigações junto à mutuante, no que pertine ao principal e encargos relativos ao financiamento, transferindo esse ônus, em proporção, aos adquirentes das unidades imobiliárias em construção, ou pagando, a qualquer tempo, tudo o que for devido à mesma mutuante.

---

<sup>318</sup> O trecho é citado no acórdão, que traz, como referência bibliográfica: "O Sistema Financeiro da Habitação, Estrutura, Dirigismo Contratual e a Responsabilidade do Estado", in "A Atividade de Crédito Imobiliário e Poupança", ABECIP, p. 11"

Cláusula 21. - Havendo alienações de unidades durante a fase de construção, a mutuária ficará obrigada a entregar à mutuante, juntamente com os respectivos contratos de compromisso de compra e venda, devidamente registrados em cartórios, os títulos representativos de parte de preço e relativos a poupança.

§ 1o - Os títulos mencionados nesta cláusula ficarão com a mutuante, como garantia subsidiária do cumprimento da obrigação assumida pela mutuária, no que pertine à execução das obras financeiras.

§ 2o - A mutuante, à proporção que for recebendo dos mutuários finais o valor dos títulos que lhe foram entregues, irá procedendo ao depósito das correspondentes importâncias em conta de DPL da mutuária.

Desse modo, sabendo a instituição financeira que seu crédito será adimplido a partir dos recursos que forem obtidos com o pagamento das parcelas devidas pelos adquirentes à empresa incorporadora, deve ela agir de forma diligente para garantir que o produto dessas vendas efetivamente seja utilizado para satisfazer o direito de crédito que possui. Continuando na citação do acórdão:

Ainda que não houvesse regra específica traçando esse modelo, não poderia ser diferente a solução. O princípio da boa fé objetiva impõe ao financiador de edificação de unidades destinadas à venda apreçar-se para receber o seu crédito da sua devedora ou sobre os pagamentos a ela efetuados pelos terceiros adquirentes. O que se não lhe permite é assumir a cômoda posição de negligência na defesa dos seus interesses, sabendo que os imóveis estão sendo negociados e pagos por terceiros, sem tomar nenhuma medida capaz de satisfazer os seus interesses, para que tais pagamentos lhe sejam feitos e de impedir que o terceiro sofra a perda das prestações e do imóvel. O fato de constar do registro a hipoteca da unidade edificada em favor do agente financiador da construtora não tem o efeito que se lhe procura atribuir, para atingir também o terceiro adquirente, pois que ninguém que tenha adquirido imóvel neste país, financiado pelo SFH, assumiu a responsabilidade de pagar a sua dívida e mais a dívida da construtora perante o seu financiador. Isso seria contra a natureza da coisa, colocando os milhares de adquirentes de imóveis, cujos projetos foram financiados pelo sistema, em situação absolutamente desfavorável, situação essa que a própria lei tratou claramente de eliminar. Além disso, consagraria abuso de direito em favor do financiador que deixa de lado os mecanismos que a lei lhe alcançou, para instituir sobre o imóvel - que possivelmente nem existia ao tempo do seu contrato, e que estava destinado a ser transferido a terceiro, - uma garantia hipotecária pela dívida da sua devedora, mas que produziria necessariamente efeitos sobre o terceiro.

Explica ainda o relator o porquê de o direito de hipoteca, no caso em questão, não poder ser aplicado da mesma forma que ocorre no âmbito das relações paritárias, que serviram de base para a formulação do paradigma clássico do direito contratual:

No comum dos negócios, a existência de hipoteca sobre o bem objeto do contrato de promessa de compra e venda é fator determinante da fixação e abatimento do preço de venda, pois o adquirente sabe que a presença do direito real lhe acarreta a responsabilidade pelo pagamento da dívida. Não é assim no negócio imobiliário de aquisição da casa própria de edificação financiada por instituição de crédito imobiliário, pois que nesta o valor da dívida garantida pela hipoteca não é abatido do valor do bem, que é vendido pelo seu valor real, sendo o seu preço pago normalmente mediante a obtenção de um financiamento concedido ao adquirente

final, este sim garantido com hipoteca pela qual o adquirente se responsabilizou, pois essa é a sua dívida.

Acrescenta também o ilustre ministro que:

Das três personagens que participaram do negócio, dois com intuito de lucro (portanto, correndo riscos) e um com o propósito de adquirir a casa própria, os dois primeiros negligentes e inadimplentes, - o primeiro por escolher mal o seu financiado e por deixar de adotar as medidas permitidas na lei para receber o seu crédito sem causar prejuízo a terceiros, o segundo por não pagar o financiamento recebido, - somente correu o risco e perdeu o terceiro, que adquiriu e pagou.

Se a instituição financeira sabe que os débitos decorrentes do financiamento serão pagos por meio dos créditos originados das promessas de compra e venda dos adquirentes, deve se certificar de que os repasses desses valores estão efetivamente sendo feitos e, se não estiverem, deve ela notificar os compradores dessa situação para que passem a depositar os pagamentos devidos diretamente com a instituição financeira. É o que Fernando Noronha afirma, ao analisar o problema à luz do princípio da boa-fé objetiva:

Na verdade, credor e agente financeiro sabem que são as prestações que forem sendo pagas pelos adquirentes que assegurarão o reembolso do financiamento concedido. Portanto, se a empresa interrompe os pagamentos devidos, o agente financeiro deveria reconhecer a eficácia, em relação a si, dos pagamentos anteriores feitos pelos adquirentes e, para garantir direitos futuros, deveria notificar estes para que passassem a depositar as prestações subsequentes, sob pena de se sujeitarem aos efeitos da hipoteca assumida pelo incorporador<sup>319</sup>.

É também reproduzida no acórdão a sentença proferida para o caso em primeira instância, que também fornece esclarecimentos interessantes acerca do caso:

Quanto ao mérito, como bem ponderam os Embargantes, há manifesto abuso de direito da Embargada em penhorar a unidade autônoma construída com recursos obtidos pela mutuária-executada, em decorrência da inadimplência desta, já que é ela, Embargada, quem agiu negligentemente, ao ter permitido a venda das unidades autônomas, bem como deixado de notificar os adquirentes a lhe pagarem diretamente as prestações pagas à construtora-mutuária.

Ora, não se pode impingir aos adquirentes a responsabilidade por débito da construtora quando o Agente Financiador concorreu indiretamente com a sua ocorrência, em consequência de sua má administração, que resultou inclusive em sua liquidação, amplamente noticiada no país.

Com efeito, celebraram os Embargantes típico contrato de adesão, em que não cabe discussão acerca das cláusulas nele dispostas. Enquanto o adquirente paga, não sem prolongado sacrifício, as prestações de sua casa própria, a construtora-mutuária, muitas vezes, deixa de cumprir o contrato de mútuo, sem que sobre ela recaia as consequências jurídicas de tal inadimplemento, já que sobre as unidades autônomas pesa o ônus da hipoteca a garantir tal contrato. E ao invés de a mutuante, sabedora da situação financeira da mutuária, providenciar a intimação dos adquirentes para que lhe paguem diretamente as prestações do preço da unidade autônoma, mantém-se inerte até que o débito lhe permita a constrição das unidades hipotecadas,

---

<sup>319</sup> O trecho é citado no acórdão, que traz, como referência bibliográfica: “O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais, ed. Saraiva, 1994, fls. 182/183”.

deparando-se o adquirente, de um dia para outro, sem concorrer com qualquer ato de inadimplência, com um ato construtivo que poderá levá-lo a perder o imóvel onde reside, bem como as prestações pagas ao longo, quicá, de toda sua vida laboral.

A tal situação deve se pôr um termo e vem sendo alterada pela jurisprudência dos nossos Tribunais, com temperança à letra fria da lei, como nos espelham os arestos colacionados pelos Embargantes em especial o aresto de lavra do Eminent Relator Celso Pinheiro Franco, carreado aos autos a fls. 83/84, em cujo voto rico em fundamentos acolhe a pretensão dos adquirentes em caso semelhante.

Ora, sendo o contrato de mútuo, por sua natureza, eminentemente *intuitu personae*, era obrigação da Embargada ter pleno conhecimento das condições financeiras da construtora-mutuária ao longo da relação negociai, cabendo-lhe acautelar-se quando se iniciou o inadimplemento por parte desta, intimando os adquirentes a lhe pagar diretamente o que vinham pagando àquela, mormente em se tratando de Sociedade de Crédito Imobiliário criada para viabilizar a política nacional de habitação e planejamento territorial, que visa a facilitar e promover a construção e a aquisição da casa própria.

Apesar de ter sido constituído o ônus hipotecário antes de os Embargantes adquirirem a unidade autônoma penhorada, contratando cientes do mesmo, o que se deve perquirir é se houve liberdade de contratar por parte dos adquirentes, ou seja, se aquiesceram, mediante livre manifestação de vontade, na constituição de tal ônus.

Ora, a liberdade de contratar não se verificou no caso vertente, à evidência, pois é fato incontroverso que a aquisição de casa própria pelo Sistema Financeiro da Habitação se dá através de contratos com cláusulas preestabelecidas, regulamentadas pelo Governo Federal.

Assim sendo, contrataram sem efetivamente querer onerar sua unidade autônoma e garantir, com ela, dívida de outrem. Tal fato é crucial para vislumbrar-nos a dimensão da situação inferior em que é colocado o adquirente da casa própria em face do nosso ordenamento jurídico, no qual todas as regalias, garantias e abusos são concedidos aos detentores do capital, mesmo considerando-se que a Embargada está sujeita às normas do Sistema Financeiro da Habitação, instituído precipuamente para atender os reclamos habitacionais da população mais carente.

Como conceitua Saleilles, in de *la personnalité juridique*, lição XXII, p. 547, o abuso de direito é o corretivo indispensável ao exercício do direito subjetivo, de forma a conciliar os direitos da comunidade e os do indivíduo.

Alvino Lima, por seu turno, com maestria escreve, in *Culpa e Risco*: 'O maior prejuízo social constitui, pois, o critério fixador do ato abusivo, no caso do abuso de direito, causando danos a terceiros, num erro de conduta imputável moralmente ao agente, mas no exercício de um direito causador de um dano socialmente mais apreciável. A responsabilidade surge, justamente, porque a proteção do exercício deste direito é menos útil socialmente do que a reparação do dano causado pelo titular deste mesmo direito...' E ainda: 'Distinguem-se, pois, as esferas do ato ilícito e do abusivo, ambos geradores de responsabilidade; naquele transgridem-se os limites objetivos traçados pela própria lei, negando-se ou excedendo-se ao direito; no ato abusivo, há obediência apenas aos limites objetivos do preceito legal, mas fere-se ostensivamente a destinação do direito e o espírito da instituição.'

Portanto, no caso vertente, não se pode cerrar os olhos à importante questão social posta em julgamento. Em momento algum foi noticiado aos Embargantes o inadimplemento da construtora, cuja obrigação por ela contraída junto à Embargada garantiam com suas unidades, a fim de que alguma providência pudessem tomar para evitar o lesivo ato construtivo ora sub judice.



Já no final de seu voto, o Min. Ruy Rosado ventila ainda outro fundamento para a ineficácia da referida hipoteca contra os adquirentes das unidades autônomas. Segundo ele, a instituição financeira teria constituído, como sua mandatária, a Construtora Marcovena S/A, para que esta última firmasse os compromissos de compra e venda, recebesse os pagamentos à prazo dos adquirentes e em seguida fizesse o repasse de tais valores para que fosse ocorrendo aos poucos a quitação da dívida hipotecária existente:

Ainda considero que a financiadora instituiu a construtora sua mandatária, a evidenciar que apenas desta tem a receber, conforme ficou bem evidenciado no voto do em. Dr. Remolo Palermo, quando do julgamento da apelação:

"Com efeito, examinando-se o contrato de 'Mútuo' e garantia hipotecária, de fls. 110/123, verifica-se que a financiadora instituiu como sua mandatária a Construtora Marcovena S/A, que depois foi adquirida pela 'UNIMOV, que incorporou a obra, podendo compromissar as vendas e receber o preço das unidades para repasse em seguida.

É o que se vê das cláusulas 20 a 22, do contrato de financiamento, às fls. 118/119 dos autos, sendo certo que, no caso, em não tendo havido o repasse dos créditos pela mutuária à mutuante, os adquirentes por tal descumprimento não podem responder com suas unidades porque integrariam elas a garantia hipotecária.

Assim, face aos termos do contrato a mutuante, em verificando a inadimplência da mutuária e sabedora das vendas, deveria notificar os compromissários para que passassem a pagar seus débitos diretamente em seus escritórios. E não simplesmente aguardar os débitos se avolumarem para, escudando-se na garantia hipotecária, executar os adquirentes, que não foram inadimplentes, que cumpriram com seus compromissos e que se encontram na posse direta dos imóveis.

Portanto, a execução da mutuária, no caso, não pode prejudicar os direitos dos compradores, eis que não se houveram com culpa, sendo que o mesmo não se pode afirmar em relação à embargada.

Levando-se em conta as considerações que foram feitas, no primeiro capítulo desta monografia – acerca do direito civil constitucionalizado e do novo paradigma que vem sendo construído em relação ao direito contratual – conclui-se que o STJ foi extremamente feliz no modo como julgou esse caso.

Primeiramente, é preciso entender que o contrato de mútuo firmado entre incorporadora e agente financeiro, e a promessa de compra e venda assinada pelos adquirentes e pela incorporadora constituem dois contratos de uma mesma rede contratual. Quando se falou sobre o assunto dos contratos coligados, conceituou-se rede de contratos como um grupo de “contratos diferenciados estruturalmente, porém interligados por um articulado e estável nexos *econômico, funcional e sistemático*”<sup>320</sup>.

---

<sup>320</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 129.

Ora, o que se tem no âmbito das incorporações imobiliárias é um exemplo perfeito de coligação contratual. A principal característica de uma rede de contratos é o fato de todos estarem inseridos no contexto de um mesmo negócio. Todos convergem para a realização de uma operação econômica unitária. Nas incorporações, essa operação econômica consiste na comercialização de unidades autônomas de condomínios edilícios, sendo indiscutível que, por detrás desses contratos individuais, existe uma finalidade econômico-social supracontratual. A presença de uma rede contratual no âmbito das incorporações também é corroborada pelo fato de que a existência de cada contrato individual coligado só faz sentido na medida em que os outros também existam.

O contrato de financiamento não teria sentido se posteriormente não fossem celebradas promessas de compra e venda que garantissem a aquisição das unidades, provendo os recursos necessários para a quitação do empréstimo. Da mesma forma, a promessa de compra e venda também perderia sua razão de ser se a incorporadora não celebrasse contrato de mútuo que permitisse a ela concretizar sua empreitada.

Não restando mais dúvidas acerca da existência de coligação contratual dentro do negócio de incorporação imobiliária, cabe, agora, falar dos mecanismos de estabilidade, persistência temporal e equilíbrio desse sistema. Como se sabe, a manutenção da rede contratual se dá através de deveres laterais de conduta – existentes entre todos os participantes do negócio, mesmo entre aqueles que não figuram em uma mesma relação contratual – cujo conteúdo se extrai dos princípios contratuais, em especial, do princípio da boa-fé objetiva.

A rede de contratos em questão se organiza da seguinte forma: o agente financeiro fornece à incorporadora os recursos necessários à construção do edifício como uma forma de “adiantar” os valores que os adquirentes das unidades habitacionais pagarão apenas futuramente; assim, o natural é que, à medida em que a incorporadora for recebendo os valores depositados pelos compradores, tais recursos sejam empregados na quitação da dívida que foi contraída com o agente financeiro. Esse funcionamento pode, inclusive, ser extraído da forma como o financiamento em questão é contratado, pois os créditos oriundos da negociação das unidades são expressamente utilizados como forma de garantia do financiamento.

O que acontece, porém, é que, em alguns casos, a incorporadora vai recebendo os valores depositados pelos adquirentes e os emprega em outra finalidade que não a de quitar o empréstimo.

Numa situação como essa, qual é o comportamento que se impõe ao agente financeiro? É permitido a ele que se mantenha inerte diante disso tudo e que depois simplesmente execute sua garantia hipotecária?

Dentro de uma perspectiva contratual clássica, a conduta do incorporador inerte seria irrepreensível, uma vez que este não violou nenhuma de suas obrigações contratuais para com o mutuante e pretende excutir o imóvel com base em um direito que, desde o Império Romano, é oponível *erga omnes*.

Porém, dentro de um paradigma constitucionalizado do direito civil, aos participantes de um mesmo grupo de contratos coligados são impostos deveres de lealdade, cooperação e proteção, além de outros, que exigem do agente financeiro uma postura ativa, no intuito de, a um só tempo, preservar seu crédito, não se esquecendo também de resguardar o direito dos outros participantes do negócio.

No caso em tela, essa postura proba e honesta se daria através de uma manifestação da instituição financeira diante da ausência dos repasses, que deveria ter inteirado os adquirentes de tal situação, solicitando-lhes que passassem a depositar os valores por eles devidos diretamente na conta da instituição financeira.

Além disso, não se pode esquecer do importante papel que a função social do contrato exerce hoje no ordenamento jurídico brasileiro. Institutos jurídicos como a incorporação imobiliária e a hipoteca são acolhidos pelo direito pátrio porque são úteis e trazem benefícios à sociedade. Como se disse alhures, o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Brasileira, impõe a consideração de que todo direito só se justifica em função do ser humano, não se podendo admitir que os adquirentes das unidades habitacionais sejam enxergados pela incorporadora e pelo agente financeiro apenas como mais um elemento de que estes se utilizam em sua busca pelo lucro.

#### **4.3 As incorporações realizadas fora do Sistema Financeiro de Habitação**

É perceptível, na decisão analisada no tópico anterior, que um dos pontos que foram seguidamente enfatizados no voto da relatoria é fato de a incorporação em questão ter sido realizada no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação. É preciso, então, que se discuta se

esse entendimento seria também aplicável aos empreendimentos que sejam realizados fora da sistemática do SFH.

Primeiramente, é preciso que se reproduza novamente o seguinte trecho do voto proferido pelo Min. Ruy Rosado de Aguiar no acórdão examinado no último tópico:

As regras gerais sobre a hipoteca não se aplicam no caso de edificações financiadas por agentes imobiliários integrantes do sistema financeiro da habitação, porquanto estes sabem que as unidades a serem construídas serão alienadas a terceiros, que responderão apenas pela dívida que assumiram com o seu negócio, e não pela eventual inadimplência da construtora. O mecanismo de defesa do financiador será o recebimento do que for devido pelo adquirente final, mas não a excussão da hipoteca, que não está permitida pelo sistema.

**Ainda que não houvesse regra específica traçando esse modelo, não poderia ser diferente a solução.**

Tais palavras, que já haviam sido proferidas também no bojo do REsp 171.421 - SP<sup>321</sup>, foram utilizadas, dentro do REsp 263.261 - MG<sup>322</sup>, como indício de que o entendimento firmado nesse primeiro julgado deveria ter aplicabilidade também fora do âmbito de SFH. É o que se extrai do voto do ilustre relator do caso, Min. César Asfor Rocha:

Indagar-se-ia, nesse momento, se o raciocínio supra se aplica somente aos financiamentos contraídos perante o Sistema Financeiro da Habitação, ou a todos os financiamentos às construtoras que tenham por fim a construção de prédio de apartamentos incorporados e alienados a terceiros, mediante contratos de compromisso de compra e venda.

Observo que desde o julgamento dos REsp's 171.421-SP e 187.940-SP, citados acima, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar já ressaltava, em seus votos, que o entendimento supra teria aplicação mesmo nos mútuos não contraídos sob a égide do SFH e que não houvesse regramentos específicos, nos seguintes termos:

‘Ainda que não houvesse regra específica traçando esse modelo, não poderia ser diferente a solução’.

Essa matéria voltou a ser debatida quando do julgamento do REsp 578.981 – GO<sup>323</sup>, onde a eminente Min. Nancy Andrichi se manifestou sobre questão afirmando que:

...o que precisa ser discutido é a possibilidade de estender este posicionamento também à hipoteca outorgada em contrato de financiamento não vinculado ao SFH.

O eminente Ministro Cesar Asfor Rocha em voto proferido no Resp nº 263.261 (DJ de 12/3/02) manifestou-se da seguinte forma:

<sup>321</sup> STJ - REsp: 171421 SP 1998/0026215-6, Relator: Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Data de Julgamento: 06/10/1998, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 29/03/1999 p. 182.

<sup>322</sup> STJ - REsp: 263261 MG 2000/0059058-4, Relator: Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Data de Julgamento: 12/03/2002, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 20/05/2002 p. 146 RDR vol. 24 p. 321.

<sup>323</sup> STJ - REsp 578981 GO 2003/0156804-7, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 05/10/2004, T3 - TERCEIRA TURMA.

"Observo que desde o julgamento dos Resps 171.421-SP e 187.940-SP, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar já ressaltava em seus votos, que o entendimento supra teria aplicação mesmo nos mútuos não contraídos sob o égide do SFH e que não houvesse regramentos específicos, nos seguintes termos:

'Ainda que não houvesse regra específica traçando esse modelo, não poderia ser diferente a solução'."

Adotando esse posicionamento, resolvida estaria a controvérsia, pois, na hipótese vertente, mesmo tendo sido a hipoteca outorgada em data anterior à celebração da promessa de compra e venda e não obstante o fato de os recursos do financiamento contraído não serem oriundos do SFH, o direito do terceiro adquirente estaria protegido, sendo considerada ineficaz a garantia real.

Nesse precedente, o entendimento proposto pela excelentíssima ministra não foi acolhido. Todavia, tal rejeição por parte dos outros julgadores se deu principalmente pelo fato de que o imóvel em questão era uma unidade comercial e não residencial. É o que se depreende da seguinte passagem do voto do Min. Castro Filho, relator do acórdão:

No que concerne àquelas aquisições regidas pelo Sistema Financeiro da Habitação, ou subsumidas ao Regime Financeiro da Habitação, o STJ, por razões plausíveis, e até também merecedoras de encômios, fragilizou - e muito - o instituto da hipoteca, mas fê-lo com a intenção de prestigiar também a função social da casa própria, da moradia. Aqui não é o caso.

No mesmo sentido, andou o Min. Antônio de Pádua Ribeiro: "Mas, no caso concreto, peço vênha para acompanhar a divergência, por se tratar de hipoteca de imóvel comercial efetivada antes da sua aquisição por terceiro".

Diante disso, é possível inferir que o fator determinante para a ineficácia da hipoteca em relação aos adquirentes das unidades autônomas é o fato de tais imóveis serem destinados à moradia, o que não necessariamente precisa acontecer dentro da sistemática do SFH. Esse modo de interpretar o entendimento do STJ acerca do tema é corroborado ainda pelo fato de o enunciado da Súmula nº 308 desse tribunal não fazer qualquer menção à necessidade de a incorporação ser realizada no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação.

Esse é, aliás, o modo como tal súmula tem sido aplicada pela jurisprudência do STJ, como se nota no REsp 953.510 – PR<sup>324</sup>, onde o eminente relator, Min. Ari Pargendler, explica que:

Segundo o enunciado da Súmula nº 308 do Superior Tribunal de Justiça "a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel".

Aqui, discute-se se tal entendimento também é aplicável à hipoteca que recai sobre imóvel cuja aquisição não esteja vinculada ao Sistema Financeiro da Habitação.

---

<sup>324</sup> STJ - REsp 953510 PR 2007/0098054-5, Relator: Ministro ARI PARGENDLER, Data de Julgamento: 20/05/2008, T3 - TERCEIRA TURMA.

Salvo melhor juízo, sim.

Os precedentes que deram origem à Súmula nº 308 deixam claro que a relativização da hipoteca teve por fim resguardar a "função social da casa própria, moradia" (REsp nº 578.981, GO, Relator para o acórdão o eminente Ministro Castro Filho, publicado no DJ de 27.06.2005).

Sendo assim, a sua incidência está limitada tão-só pela natureza residencial do imóvel, que não precisa ter sido adquirido com recursos oriundos do Sistema Financeiro da Habitação.

Entendimento nesse mesmo sentido pode ser encontrado nos seguintes julgados: REsp 593.474 – RJ<sup>325</sup>, REsp 713.668 – SP<sup>326</sup> e AgRg no REsp 947.207 – PR<sup>327</sup>.

A argumentação que foi utilizada para afastar a eficácia da garantia hipotecária em relação aos adquirentes no âmbito SFH foi baseada no fato de que a instituição financeira tinha conhecimento de que o dinheiro que estava emprestando seria destinado à construção de um prédio de apartamentos, que seriam naturalmente comercializados a vários compradores, sendo do conhecimento de todos os envolvidos que os recursos necessários à quitação do empréstimo hipotecário tomado pela incorporadora seriam obtidos por meio dos pagamentos que os adquirentes realizassem ao longo do empreendimento.

Desse modo, percebe-se que o fato de a incorporação ter sido realizada com recursos do SFH não é requisito essencial para que se possa aplicar em outros casos o mesmo raciocínio empregado pelo STJ, quando do julgamento do REsp 187.940 – SP.

É certo que um banco, antes de emprestar vultosa quantia a uma incorporadora, procede a uma análise detalhada do empreendimento que estará financiando. Mesmo que os recursos não sejam provenientes do SFH, o banco sabe muito bem para que fins aquele dinheiro será empregado, tendo conhecimento também acerca de como a incorporadora irá pagar as dívidas que contraiu em decorrência do financiamento realizado.

Nesse sentido, permanece ideia exposta no tópico anterior de que o contrato de mútuo e a promessa de compra e venda pertencem a uma mesma rede contratual, cuja finalidade é a de colocar no mercado imobiliário unidades autônomas decorrentes de incorporação, o que implica a existência de deveres laterais de conduta entre os participantes deste negócio. Assim sendo, em virtude dos deveres de lealdade, cooperação e proteção que possui o agente

---

<sup>325</sup> STJ - REsp 593474 RJ 2003/0166898-9, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 16/11/2010, T3 - TERCEIRA TURMA.

<sup>326</sup> STJ - REsp 713668 SP 2004/0182565-3, Relator: Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Data de Julgamento: 02/06/2005, T3 - TERCEIRA TURMA.

<sup>327</sup> STJ - AgRg no REsp 947207 PR 2007/0089945-0, Relator: Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Data de Julgamento: 04/12/2007, T3 - TERCEIRA TURMA.

financeiro em relação aos adquirentes dos imóveis, não pode ele assistir inerte á ausência de repasses, por parte da incorporadora, dos valores que tais adquirentes depositarem ao longo do empreendimento. Ao contrário, deve a instituição financeira assumir uma postura ativa nesse contexto, fiscalizando as vendas que a incorporadora realizar e comunicando aos adquirentes, se for o caso, da ausência dos repasses dos valores que estes estejam pagando.

É preciso, no entanto, analisar também como fica a questão dos imóveis comerciais. A jurisprudência do STJ é pacífica em afirmar a possibilidade da aplicação de sua Súmula nº 308 a imóveis residenciais, entretanto, no tocante a unidades comerciais, o entendimento do tribunal tem seguindo caminho diverso.

Inicialmente, chegou-se a admitir, na jurisprudência do tribunal, a aplicação do entendimento consubstanciado no REsp 187.940 – SP também a unidades comerciais, o que foi feito no REsp 239.557 - SC<sup>328</sup>. Nesse julgado, decidiu-se pela ineficácia da hipoteca em relação aos adquirentes, sem que houvesse qualquer tipo de debate motivado pela natureza comercial do imóvel em questão. Simplesmente aplicou-se o mesmo entendimento que foi aplicado às unidades residenciais construídas com recursos do SFH.

No entanto, houve posteriormente discussão mais profunda sobre essa questão no bojo do REsp 578.981 – GO, onde, com base no, já citado, voto do ilustre relator, Min. Castro Filho, restou decidido que:

No que concerne àquelas aquisições regidas pelo Sistema Financeiro da Habitação, ou subsumidas ao Regime Financeiro da Habitação, o STJ, por razões plausíveis, e até também merecedoras de encômios, fragilizou - e muito - o instituto da hipoteca, mas fê-lo com **a intenção de prestigiar também a função social da casa própria, da moradia. Aqui não é o caso.** (grifou-se)

Esse mesmo entendimento também foi utilizado como fundamento para negar a aplicação da Súmula nº 308 a caso envolvendo unidade comercial, quando do julgamento do REsp 427.410 - RS<sup>329</sup>, como se depreende do voto do excelentíssimo relator, Min. Ari Pargendler:

Na espécie, o objeto da hipoteca é imóvel comercial, e os precedentes tratam de imóvel financiado pelo Sistema Financeiro da Habitação; inexistente a similitude fática.

---

<sup>328</sup> STJ - REsp: 239557 SC 1999/0106562-3, Relator: Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Data de Julgamento: 02/05/2000, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 07/08/2000 p. 113 RJTAMG vol. 80 p. 460 RSTJ vol. 139 p. 367.

<sup>329</sup> STJ - REsp: 427410 RS 2002/0043634-6, Relator: Ministro ARI PARGENDLER, Data de Julgamento: 06/03/2008, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/04/2008.

Como quer que seja, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 578.981, GO, examinando caso semelhante, adotou o entendimento de que a relativização da hipoteca apenas é possível para resguardar a ‘função social da casa própria, da moradia’

No entanto, uma análise mais detida sobre o assunto, mostrará que esse tratamento diferenciado entre unidades comerciais e habitacionais não se sustenta. Primeiramente, cabe asseverar que grande parte das salas disponibilizadas em centros comerciais são de tamanho reduzido, sendo, em muitos casos, adquiridas por profissionais liberais, como contadores, dentistas e advogados, para que sejam utilizadas como ambiente de trabalho.

É verdade que, a princípio, empresas e pessoas que adquiram produtos que serão utilizados no exercício de atividade econômica não se enquadram na definição de consumidor. Todavia, não se pode esquecer que atualmente a jurisprudência brasileira adota, em relação à conceituação de consumidor, a chamada “corrente finalista mitigada” que admite “...a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores e profissionais, como pequenas empresas e profissionais liberais, desde que demonstrada a **vulnerabilidade** técnica, jurídica ou econômica no caso em concreto...” (grifo do autor)<sup>330</sup>. É o que se extrai da leitura da ementa do REsp 660.026 – RJ<sup>331</sup>:

RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCESSIONÁRIA DE TELEFONIA. SERVIÇO PÚBLICO. INTERRUPÇÃO. INCÊNDIO NÃO CRIMINOSO. DANOS MATERIAIS. EMPRESA PROVEDORA DE ACESSO À INTERNET. CONSUMIDORA INTERMEDIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA CONFIGURADA. CASO FORTUITO. EXCLUDENTE NÃO CARACTERIZADA. ESCOPO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL DO PROCESSO. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. No que tange à definição de consumidor, a Segunda Seção desta Corte, ao julgar, aos 10.11.2004, o REsp nº 541.867/BA, perfilhou-se à orientação doutrinária finalista ou subjetiva, de sorte que, de regra, o consumidor intermediário, por adquirir produto ou usufruir de serviço com o fim de, direta ou indiretamente, dinamizar ou instrumentalizar seu próprio negócio lucrativo, não se enquadra na definição constante no art. 2º do CDC. Denota-se, todavia, certo abrandamento na interpretação finalista, na medida em que se admite, excepcionalmente, a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores profissionais, desde que demonstrada, in concreto, a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica.

2. A recorrida, pessoa jurídica com fins lucrativos, caracteriza-se como consumidora intermediária, porquanto se utiliza dos serviços de telefonia prestados pela recorrente com intuito único de viabilizar sua própria atividade produtiva, consistente no fornecimento de acesso à rede mundial de computadores (internet) e de consultorias e assessoramento na construção de homepages, em virtude do que se afasta a existência de relação de consumo. Ademais, a eventual hipossuficiência da empresa em momento algum foi considerada pelas instâncias ordinárias, não sendo

<sup>330</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. 3 ed. São Paulo : Atlas, 2011. p. 65.

<sup>331</sup> STJ STJ - RECURSO ESPECIAL : REsp 660026 RJ 2004/0073295-7, Relator: Ministro JORGE SCARTEZZINI, Data de Julgamento: 03/05/2005, T4 - QUARTA TURMA



lídimo cogitar-se a respeito nesta seara recursal, sob pena de indevida supressão de instância.

No caso das incorporações imobiliárias, é nítido que a posição assumida por profissionais liberais ou até mesmo por pequenas empresas, que adquirem salas comerciais no intuito de desenvolver suas atividades profissionais, é praticamente tão eivada de vulnerabilidade quanto a dos adquirentes que negociam unidades habitacionais para fins de moradia. Seria absurdo dizer que a inércia e negligência do agente financeiro ofendem os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato quando se dão em relação a adquirente de imóvel residencial, mas que se o comprador em questão for um profissional liberal negociando uma sala comercial que será utilizada para retirar seu sustento, não há violação alguma aos direitos desse indivíduo.

Conclui-se, portanto, que a ineficácia da garantia hipotecária prevista na Súmula nº 308 do STJ deve também ser estendida aos compradores de unidades comerciais, uma vez que estes são, em regra, tão vulneráveis quanto são os adquirentes de imóveis residenciais nesse mesmo contexto.

#### **4.4 A compatibilização entre o exercício do direito de hipoteca nas incorporações imobiliárias e o paradigma constitucionalizado do direito civil**

É comum que algumas pessoas, ao se depararem com a jurisprudência do STJ exposta ao longo deste capítulo, considerem absurdos os entendimentos manifestados pela corte acerca do tema. Dizem elas que tal jurisprudência simplesmente matou o direito de hipoteca. Afirmam que a garantia hipotecária deixou de ser considerada como direito real; que foi tratada como direito pessoal, não oponível *erga omnes*<sup>332</sup>. Alegam que a aplicação de tal entendimento teria efeitos nefastos no mercado imobiliário; que a hipoteca, nesse contexto, perderia todo seu sentido; que tal garantia passaria a não servir de nada aos agentes financeiros; que nenhum banco em sã consciência aceitaria ter seu direito de crédito assegurado por hipoteca nessas condições; que as incorporadoras teriam dificuldade conseguir financiamento para a execução de seus empreendimentos<sup>333</sup>.

---

<sup>332</sup> SILVA, Bruno Mattos e. Da validade da hipoteca de unidade adquirida em incorporação imobiliária. In: **Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados**, v. 25, n. 180, p. 75-81, jan./mar. 2001. *passim*.

<sup>333</sup> MARQUES, Beatriz P. de Samuel; MARQUES, Luiz H. de Oliveira; MARQUES, José de Samuel. Os rumos da hipoteca diante do advento da Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça. In: **Revista de direito imobiliário** (São Paulo), v. 30, n. 63, p. 11-37, jul./dez. 2007. *passim*.

Mostrar-se-á, no entanto, que tais críticas e temores não procedem, pois a hipoteca, mesmo submetida aos ditames de um paradigma constitucionalizado do direito civil, pode continuar sendo um importante e efetivo instrumento de garantia do direito de crédito dos agentes financeiros que venham a investir seus recursos em incorporações imobiliárias.

É preciso que se atente, primeiramente, para o fato de que o raciocínio externado na jurisprudência do STJ não leva, ou pelo menos não deve levar, à conclusão de que a garantia hipotecária nunca deverá ser eficaz em relação aos adquirentes das unidades autônomas da incorporação. Nos casos que foram objeto de análise nesse capítulo, o ponto determinante para a decretação da ineficácia da hipoteca foi a postura negligente assumida pelo agente financeiro, que, ao deixar de fiscalizar os repasses dos valores que os compradores dos imóveis depositavam junto à incorporadora, feriu com sua conduta os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

Se não houver tal tipo de inércia por parte da instituição financeira, não haverá também fundamentos para que o direito deixe de proteger a eficácia real de sua garantia hipotecária, inclusive em face dos adquirentes dos imóveis. Imagine-se a seguinte situação: um agente financeiro concede financiamento a uma incorporadora, recebendo, como forma de garantia, a hipoteca do terreno onde o empreendimento será realizado, exigindo também que lhe seja concedida a cessão fiduciária dos créditos decorrentes das negociações das unidades autônomas – sendo que, à medida que os adquirentes desses imóveis forem pagando as parcelas por eles devidas, tais valores devam ser repassados ao agente financeiro. Suponha-se que, nesse cenário, a instituição financeira aja de forma diligente, tomando as devidas precauções para que o dinheiro pago pelos adquirentes chegue ao destino combinado. Admita-se ainda que, apesar de tudo isso, o direito de crédito desse agente financeiro não seja totalmente satisfeito porque alguns dos compradores acabaram não sendo capazes de arcar com os valores que se comprometeram a depositar.

Nesse caso, pergunta-se: poderia o banco exercer o direito de excussão das unidades desses compradores inadimplentes com base na garantia hipotecária que possui?

Certamente que sim.

Caso os adquirentes tenham suas unidades autônomas penhoradas nessas circunstâncias, não haveria violação alguma aos direitos destes. Quando um indivíduo negocia uma unidade habitacional com uma incorporadora e é cientificado da existência de hipoteca sobre terreno da incorporação, é razoável que se espere que esse adquirente tenha a

consciência de que poderá vir a perder seu imóvel caso não seja capaz de pagar os valores combinados com a incorporadora. O que a jurisprudência do STJ procurou combater foi apenas o absurdo que ocorria quando certos compradores, apesar de terem cumprido fielmente com os compromissos que assumiram ao comprar o imóvel, tinham seu direito de propriedade ameaçado simplesmente porque o agente financeiro foi negligente na fiscalização dos repasses a serem realizados pela incorporadora. Quando, porém, a execução da garantia hipotecária se dá única e exclusivamente por uma falta do adquirente, não se pode dizer que houve afronta alguma aos princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio contratual e da função social do contrato.

Conclui-se, portanto, que, na hipótese de haver necessidade de executar a hipoteca não por conta da ausência de repasses, mas sim por falta de pagamento de alguns adquirentes, a Súmula nº 308 do STJ não deve ser aplicada para impedir a excussão das unidades desses compradores inadimplentes. Fica evidente, então, que, desde que a instituição financeira não seja negligente no exercício de suas obrigações, seu direito de crédito estará perfeitamente protegido pela garantia hipotecária.

É necessário, todavia, ressaltar que essa possibilidade de execução da hipoteca por inadimplemento dos adquirentes se restringe aos casos em que a garantia real tenha sido instituída antes da assinatura das promessas de compra e venda. Se, à data do registro da hipoteca, já haviam sido firmados compromissos de compra e venda, a incorporadora não tinha poderes para gravar aqueles imóveis com ônus hipotecário e qualquer cláusula que possa existir autorizando-a a celebrar tal espécie de negócio em nome dos adquirentes é manifestamente abusiva, sendo considerada nula de pleno direito nos termos CDC. Nessa hipótese, se estaria diante de um vício insanável na constituição da garantia hipotecária, que não seria meramente ineficaz, mas sim inválida. Deve, portanto, o agente financeiro se certificar da situação em que se encontram as unidades autônomas antes de receber hipoteca de um terreno de incorporação.

Feita essa ressalva, interessa, agora, analisar duas relevantes alterações legislativas que vieram a aperfeiçoar a sistemática do negócio de incorporação imobiliária, contribuindo para a proteção tanto dos direitos dos adquirentes quanto do crédito do agente financeiro. A primeira dessas alterações ocorreu com a promulgação da Lei nº 9.514, de 20 de Novembro de 1997, que “dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário”, trazendo as seguintes considerações acerca da cessão fiduciária de créditos como garantia de financiamentos imobiliários:

**Art. 18.** O contrato de cessão fiduciária em garantia opera a transferência ao credor da titularidade dos créditos cedidos, até a liquidação da dívida garantida, e conterà, além de outros elementos, os seguintes:

I - o total da dívida ou sua estimativa;

II - o local, a data e a forma de pagamento;

III - a taxa de juros;

IV - a identificação dos direitos creditórios objeto da cessão fiduciária.

**Art. 19.** Ao credor fiduciário compete o direito de:

I - conservar e recuperar a posse dos títulos representativos dos créditos cedidos, contra qualquer detentor, inclusive o próprio cedente;

II - promover a intimação dos devedores que não paguem ao cedente, enquanto durar a cessão fiduciária;

III - usar das ações, recursos e execuções, judiciais e extrajudiciais, para receber os créditos cedidos e exercer os demais direitos conferidos ao cedente no contrato de alienação do imóvel;

**IV - receber diretamente dos devedores os créditos cedidos fiduciariamente.**

§ 1º As importâncias recebidas na forma do inciso IV deste artigo, depois de deduzidas as despesas de cobrança e de administração, serão creditadas ao devedor cedente, na operação objeto da cessão fiduciária, até final liquidação da dívida e encargos, responsabilizando-se o credor fiduciário perante o cedente, como depositário, pelo que receber além do que este lhe devia.

§ 2º Se as importâncias recebidas, a que se refere o parágrafo anterior, não bastarem para o pagamento integral da dívida e seus encargos, bem como das despesas de cobrança e de administração daqueles créditos, o devedor continuará obrigado a resgatar o saldo remanescente nas condições convencionadas no contrato. (grifou-se)

Nota-se que o referido diploma normativo acabou por facilitar bastante a tarefa de fiscalização imposta ao agente financeiro, pois este passou a poder cobrar os valores diretamente dos adquirentes independentemente de inadimplência da incorporadora. Antes da lei, os pagamentos realizados pelos adquirentes dos imóveis tinham de ser feitos obrigatoriamente junto à incorporadora, que possuía o dever de repassá-los à instituição financeira, o que gerava a esta última o inconveniente de ter de fiscalizar tais repasses.

Com esse novo regime, é possível que o agente financeiro receba diretamente dos compradores desde o início dos pagamentos, eliminando a necessidade da intermediação da incorporadora nesse processo. Fica, então, ainda mais fácil ao banco garantir a satisfação de seu direito de crédito, assegurando, ao mesmo tempo, a devida proteção aos adquirentes das unidades autônomas.

Além dessa inovação trazida pela Lei nº 9.514/97, merece ainda destaque a importantíssima contribuição que foi dada com o advento da Lei nº 10.931, de 02 de agosto de 2004, que veio a modificar a Lei de Incorporações (Lei nº 4.591/64), instituindo a figura do patrimônio de afetação no âmbito das incorporações imobiliárias.

Classicamente<sup>334</sup>, entende-se por patrimônio o conjunto de direitos que uma pessoa possui sobre determinados bens. Nesse sentido, a ideia de patrimônio estaria intimamente relacionada com a ideia de personalidade, englobando indistintamente todos os bens que o indivíduo possui, o que conduz à conclusão de que cada pessoa, física ou jurídica, possui um único patrimônio, que é indivisível<sup>335</sup>. Como ensina Luciana Xavier:

Das características apresentadas, em especial as de sua natureza incorpórea e a de que cada pessoa só pode ter um patrimônio, decorre que o patrimônio é uno e indivisível, tal como a personalidade, não sendo, portanto, possível fracioná-lo em partes, de modo a formar universalidades jurídicas distintas. Em outras palavras, o patrimônio é uno porque a personalidade é una<sup>336</sup>.

Tal concepção, apesar de muito bem fundamentada, não foi capaz de resistir às alterações que foram ocorrendo no meio social e no modo como se organizava a economia, uma vez que tais mudanças engendraram demandas no sentido de uma melhor delimitação dos riscos e do fortalecimento de mecanismos de garantia disponíveis. Surgiu, então, como resposta a essas novas necessidades, a teoria objetiva do patrimônio, para a qual a unidade dos bens do patrimônio deixa de se vincular à personalidade do sujeito e passa a estar relacionada com a função que tais bens exercem. Uma das consequências do advento desse novo paradigma foi a possibilidade de se desenvolver a ideia do chamado patrimônio de afetação, que, segundo Francesco Massineo, consiste em

reservar certos bens a uma determinada exclusiva destinação, de maneira que fique excluída outra destinação, mesmo que não possa ser alcançada; 2) ou então de reservar a uma certo grupo de credores um determinado núcleo de bens, sobre os quais possam eles *satisfazer-se com exclusão dos outros*, com a consequência de que *outros credores* fiquem *excluídos* e de que, sobre outros bens, tal grupo de credores não pode alegar direitos ou que, ao contrário, este grupo pode satisfazer-se só subsidiariamente, e se necessário, sobre os restantes bens dos sujeito (devedor). (grifos do autor)<sup>337</sup>.

---

<sup>334</sup> Luciana Xavier aponta o trabalho produzido pelos juristas franceses Charles Aubry e Charles Rau, no final do século XIX, como a primeira tentativa de empreender um estudo mais aprofundado do instituto do patrimônio.

<sup>335</sup> XAVIER, Luciana Pedroso. **As teorias do patrimônio e o patrimônio de afetação na incorporação imobiliária** [dissertação]. Curitiba: Universidade Federal do Paraná; 2011. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/29214/R%20-%20D%20-%20LUCIANA%20PEDROSO%20XAVIER.pdf?sequence=1>> Acesso em Junho de 2014. p. 50-51.

<sup>336</sup> XAVIER, Luciana Pedroso. *op. cit.* p. 51.

<sup>337</sup> MESSINEO, Francesco. Manual de derecho civil y comercial. In: CHALHUB, Melhim Namem. Incorporação imobiliária: aspectos do sistema de proteção do adquirente de imóveis. In: **Revista de direito imobiliário** (São Paulo), v. 36, n. 75, p. 167-198, jul./dez. 2013. p. 180.

Nesse mesmo sentido, Melhim Namem Chalhub afirma que

De acordo com a teoria da afetação, os credores vinculados ao patrimônio separado têm ação somente sobre os bens dele integrantes, com a exclusão dos outros bens do patrimônio do devedor, ou têm preferência sobre aqueles bens. De outra parte, os bens afetados ficam excluídos de excussão por parte dos credores gerais do sujeito, isto é, aqueles credores não vinculados ao patrimônio separado<sup>338</sup>.

Com base nessa ideia, foi feita alteração na Lei de Incorporações, para acrescentar disposição permitindo que empreendimentos de incorporação imobiliária possam funcionar em regime de patrimônio de afetação, nos seguintes termos:

**Art. 31-A.** A critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao regime da afetação, pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes.(Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

§ 1º O patrimônio de afetação não se comunica com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador ou de outros patrimônios de afetação por ele constituídos e só responde por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva.(Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

§ 2º O incorporador responde pelos prejuízos que causar ao patrimônio de afetação. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

§ 3º Os bens e direitos integrantes do patrimônio de afetação somente poderão ser objeto de garantia real em operação de crédito cujo produto seja integralmente destinado à consecução da edificação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

§ 4º No caso de cessão, plena ou fiduciária, de direitos creditórios oriundos da comercialização das unidades imobiliárias componentes da incorporação, o produto da cessão também passará a integrar o patrimônio de afetação, observado o disposto no § 6º. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

§ 5º As quotas de construção correspondentes a acessões vinculadas a frações ideais serão pagas pelo incorporador até que a responsabilidade pela sua construção tenha sido assumida por terceiros, nos termos da parte final do § 6º do art. 35.(Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

§ 6º Os recursos financeiros integrantes do patrimônio de afetação serão utilizados para pagamento ou reembolso das despesas inerentes à incorporação.(Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

§ 7º O reembolso do preço de aquisição do terreno somente poderá ser feito quando da alienação das unidades autônomas, na proporção das respectivas frações ideais, considerando-se tão-somente os valores efetivamente recebidos pela alienação.(Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

§ 8º Excluem-se do patrimônio de afetação:(Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

---

<sup>338</sup> CHALHUB, Melhim Namem. Incorporação imobiliária: aspectos do sistema de proteção do adquirente de imóveis. In: **Revista de direito imobiliário** (São Paulo), v. 36, n. 75, p. 167-198, jul./dez. 2013. p. 180-181.

I - os recursos financeiros que excederem a importância necessária à conclusão da obra (art. 44), considerando-se os valores a receber até sua conclusão e, bem assim, os recursos necessários à quitação de financiamento para a construção, se houver; e (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

II - o valor referente ao preço de alienação da fração ideal de terreno de cada unidade vendida, no caso de incorporação em que a construção seja contratada sob o regime por empreitada (art. 55) ou por administração (art. 58).(Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

§ 9º No caso de conjuntos de edificações de que trata o art. 8º, poderão ser constituídos patrimônios de afetação separados, tantos quantos forem os: (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

I - subconjuntos de casas para as quais esteja prevista a mesma data de conclusão (art. 8º, alínea "a"); e (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

II - edifícios de dois ou mais pavimentos (art. 8º, alínea "b").(Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

§ 10. A constituição de patrimônios de afetação separados de que trata o § 9º deverá estar declarada no memorial de incorporação.(Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

§ 11. Nas incorporações objeto de financiamento, a comercialização das unidades deverá contar com a anuência da instituição financiadora ou deverá ser a ela cientificada, conforme vier a ser estabelecido no contrato de financiamento.(Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

§ 12. A contratação de financiamento e constituição de garantias, inclusive mediante transmissão, para o credor, da propriedade fiduciária sobre as unidades imobiliárias integrantes da incorporação, bem como a cessão, plena ou fiduciária, de direitos creditórios decorrentes da comercialização dessas unidades, não implicam a transferência para o credor de nenhuma das obrigações ou responsabilidades do cedente, do incorporador ou do construtor, permanecendo estes como únicos responsáveis pelas obrigações e pelos deveres que lhes são imputáveis.(Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

Os benefícios que essa inovação trouxe à proteção dos direitos do financiador da obra e dos adquirentes dos imóveis são evidentes, uma vez que o patrimônio de afetação impossibilita que a incorporadora desvie os recursos obtidos junto aos compradores para fora do empreendimento em questão. Infelizmente, a nova legislação trouxe o patrimônio de afetação como algo facultativo, cabendo à incorporadora a decisão de executar ou não a obra através desse regime. Entretanto, nada impede que as instituições financeiras imponham, como um dos requisitos para concessão de financiamento, a realização do empreendimento sob regime de patrimônio de afetação, com o intuito de reduzir os riscos que correrá no negócio.

Percebe-se, então, diante de tudo o que foi exposto, que o instituto da hipoteca ainda pode ser de grande utilidade no contexto das incorporações imobiliárias, uma vez a lei confere ao agente financeiro a possibilidade de garantir satisfatoriamente seu direito de crédito, sem

que haja necessidade de se colocar o adquirente em uma situação de excessiva desvantagem em relação aos outros dois participantes do negócio. Se a instituição financeira utilizar com diligência os instrumentos de proteção que a legislação lhe fornece, certamente será possível que o negócio de incorporação imobiliária continue a atender aos interesses econômicos de todos os envolvidos, estando, ao mesmo tempo, em perfeita consonância com as exigências de um paradigma constitucionalizado do direito civil.



## CONCLUSÃO

É certo que as concepções elaboradas em torno do direito civil no contexto do liberalismo do início do século XIX ainda possuem considerável influência sobre o modo como se regulam as relações privadas nos dias de hoje. Todavia, é também indiscutível que as profundas transformações sociais que ocorreram desde aquele período acabaram sendo responsáveis pelo surgimento de novos princípios jurídicos, que, contrastando com aqueles princípios mais clássicos, deram origem a um novo paradigma no âmbito do direito civil.

As concepções mais tradicionalistas do direito civil foram cunhadas sob a égide dos ideais da Revolução Francesa de 1789, época em que a principal preocupação que se tinha era a de proteger os indivíduos contra as arbitrariedades do Estado, garantindo-lhes liberdade e autonomia para gerir sua vida privada. No âmbito dos contratos, esse modo de pensar levou a uma elevação quase absoluta do princípio da autonomia privada, pois acreditava-se que limitar o exercício da liberdade contratual representaria uma intervenção indevida do Estado na autonomia dos indivíduos. Nessa época, defendia-se que todos os indivíduos eram livres e iguais, sendo que, se dois sujeitos nessas condições fossem capazes de chegar a um acordo, o contrato por eles firmado seria, por si só, justo, obrigatório e intangível. Durante esse período, só se admitia que pudesse haver limitação da liberdade de um indivíduo através do exercício dessa mesma liberdade. Disso se extrai a ideia de que um contrato jamais poderia produzir efeitos em relação àqueles que não figuraram como partes na avença, uma vez que tais indivíduos não manifestaram sua vontade naquele contrato.

Tais princípios certamente representavam um grande avanço naquele tempo e serviam relativamente bem aos anseios da sociedade da época. Entretanto, eventos históricos como a Revolução Industrial e as duas grandes guerras mundiais provocaram grandes mudanças no modo como a sociedade se organizava, fazendo com que se tornassem cada vez mais perceptíveis as graves injustiças que eram causadas pela aplicação daquela concepção clássica de contrato nesse novo contexto social diverso e mais complexo. Foi necessário, assim, que se buscassem novos princípios, que pudessem amenizar os efeitos negativos da aplicação irrestrita do paradigma civilista tradicional, trazendo mais harmonia às relações privadas.

Essa mudança de pensamento também pôde ser notada no campo do direito constitucional, que deixou de se preocupar apenas em regular as relações entre indivíduo e Estado, passando a trazer também disposições relacionadas à regulação da ordem social e

econômica. Assim, a Constituição passou a ocupar um lugar central dentro do direito civil, experimentando-se uma espécie de infiltração dos princípios constitucionais – dentre os quais se destacam a dignidade da pessoa humana e solidariedade social – na regulamentação das relações privadas, o que se deu, especialmente, através da inserção, na legislação civilista, das chamadas cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados, que permitiram ao juiz lidar de uma forma mais adequada com uma realidade social que apresentava cada vez mais multiforme.

Nesse sentido, percebeu-se que os contratos, em verdade, extrapolavam o mero interesse das partes, devendo, por isso, servir também como instrumentos de obtenção de resultados que sejam úteis e benéficos ao meio social em que se encontram inseridos. Essa mesma ideia veio ainda a mitigar o princípio da relatividade dos contratos, uma vez que se passou a impor às partes contratantes a obrigação de não causar prejuízos a terceiros, obrigando-se, da mesma forma, tais terceiros a não praticarem condutas nocivas aos contratos alheios.

Percebeu-se também que a ideia segundo a qual os contratantes estão sempre em condição de igualdade, sendo livres para formular os termos de seus acordos, era falaciosa, sendo necessária, em inúmeros casos, a intervenção do Estado nos contratos privados, com o intuito de garantir um mínimo de equilíbrio em tais relações jurídicas.

Além disso, a noção de que existem certos padrões de conduta que são considerados pela sociedade como arquétipos de comportamento leal, probo e honesto adquiriu grande relevância no âmbito do direito civil. Sabe-se que tais modelos de conduta, segundo o novo paradigma do direito contratual, são capazes de gerar efeitos concretos no modo como são interpretados os negócios jurídicos, possuindo também o poder de criar e suprimir direitos e deveres entre as partes, com fundamento na necessidade de se proteger as expectativas legítimas que se apresentem no caso.

É também interessante citar a importância que o estudo do fenômeno das redes contratuais assume hoje dentro do direito dos contratos. Tal teoria deriva da percepção de que certos negócios, para que possam ser realizados, exigem a celebração de diversos contratos entre diferentes partes. São contratos que, apesar de individualizados estruturalmente, encontram-se coligados através de um “nexo econômico, funcional e sistemático”<sup>339</sup>. Dentro

---

<sup>339</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 129.

desse contexto, o grande desafio que se impõe a um paradigma constitucionalizado do direito contratual é o de garantir a real eficácia de seus princípios não somente entre as partes de um mesmo contrato, mas sim entre todos os participantes de um mesmo negócio, ainda que não exista uma relação contratual propriamente dita entre tais indivíduos.

Todas essas ideias constituíram o embasamento teórico sobre o qual se sustentou a análise do tema proposto na monografia. A questão que foi analisada se relaciona com os problemas ocasionados pela utilização do direito de hipoteca como instrumento de garantia em financiamentos de incorporações imobiliárias.

A hipoteca está inserida no rol dos direitos reais de garantia, sendo, portanto, um direito que se vincula a uma coisa e não a uma pessoa. Além disso, a qualidade de direito real confere à garantia hipotecária uma eficácia *erga omnes*, o que dá ao credor o poder de, em caso de inadimplemento, perseguir o bem dado em garantia onde e com quem quer que esteja para haja a excussão da coisa. A isso dá-se o nome de direito de sequência, que pode ser exercido mesmo nos casos em que a propriedade da coisa tenha sido transferida a terceiro.

Foram abordados nesse trabalho os problemas que surgem quando a incorporadora concede a hipoteca do terreno da incorporação como garantia na obtenção de financiamento para a obra, porém, ao receber dos adquirentes das unidades autônomas os valores referentes ao preço dos imóveis, não repassa tais recursos à instituição que financiou o empreendimento, tornando-se inadimplente em relação à dívida que contraiu. Desse modo, o que se procurou fazer ao longo desse estudo foi responder se, nesses casos, o agente financeiro teria ou não a possibilidade de exercer o direito de excussão em relação às unidades autônomas daqueles adquirentes que depositaram fielmente junto à incorporadora todos os valores que se comprometeram a pagar em troca de seus imóveis.

Tal problema foi examinado tomando-se como ponto de partida a jurisprudência que o Superior Tribunal de Justiça possui em relação a esse assunto. A partir dessa análise jurisprudencial, foi possível se identificar quais eram as situações mais comuns que ocorriam nesse contexto, chegando-se à conclusão de que os casos estudados poderiam ser segregados em três grupos diversos, sendo necessário que cada grupo fosse objeto de um estudo em separado.

Primeiramente, debruçou-se sobre as situações onde a garantia hipotecária era instituída após as assinaturas das promessas de compra de venda firmadas entre a incorporadora e os adquirentes das unidades imobiliárias. A primeira consideração que foi

feita nesse ponto é a de que, uma vez celebrado o compromisso de compra e venda, o promitente vendedor sofre uma restrição no *ius disponendi* que possui em relação àquela coisa, pois fica proibido de aliená-la a alguém que não seja o promitente comprador. Desse modo, se a incorporadora já tiver assinado promessas de compra e venda de algumas das futuras unidades autônomas do empreendimento, não poderia ele, em nome próprio, hipotecar o terreno onde será instituído o condomínio. O que geralmente é feito, então, é que as incorporadoras fazem constar, nos compromissos de compra e venda, cláusula onde o adquirente autoriza o incorporador a constituir hipoteca sobre o imóvel caso este necessite de financiamento.

Todavia, analisando a situação sob a perspectiva de um paradigma constitucionalizado dos contratos, constatou-se que, assim como decidiu o STJ, a solução para tais casos não pode ser outra senão a declaração da nulidade dessa garantia hipotecária, por ter sido instituída através de cláusula-mandato manifestamente abusiva, contrariando, inclusive, disposição expressa do Código de Defesa do Consumidor.

Já a segunda situação que foi objeto de análise se refere à hipótese em que a hipoteca é firmada e registrada antes do início das negociações das unidades da incorporação, sendo os adquirentes informados, nos termos da promessa de compra e venda que assinaram, da existência de tal gravame. Nessa hipótese, apesar de aparentemente não haver nenhum óbice à execução da hipoteca, verificou-se que a decisão do STJ de declarar a garantia hipotecária ineficaz em relação aos adquirentes foi acertada, uma vez que os recursos emprestados pela instituição financeira foram provenientes do Sistema Financeiro Habitacional. Logo, o agente financeiro tinha conhecimento de que os valores emprestados seriam utilizados para financiar empreendimento de incorporação imobiliária, sabendo também que os recursos necessários à satisfação do seu direito de crédito seriam provenientes do repasse dos pagamentos que os adquirentes fossem depositando junto à incorporadora.

Nesse sentido, não se pode admitir que o agente financeiro negligencie a fiscalização de tais repasses, permitindo que adquirentes que pagaram a totalidade do valor devido por seus imóveis continuem ameaçados pela execução da hipoteca do terreno. Deve-se levar em consideração que o contrato de mútuo firmado entre incorporadora e agente financeiro e a promessa de compra e venda assinada pelos adquirentes representam dois contratos vinculados a um mesmo objetivo, que é o de colocar no mercado unidades autônomas provenientes de incorporação imobiliária. Tem-se, portanto, nesse contexto, uma rede contratual, onde são impostos a todos os participantes do negócio uma série de deveres

laterais de conduta. Ao adotar uma postura negligente no tocante à fiscalização dos repasses, o agente financeiro deixou de cumprir com os deveres de proteção que possui em relação aos adquirentes dos imóveis, atentando contra os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

Questionou-se, posteriormente, se esse mesmo entendimento poderia ser também aplicado a situações onde o financiamento da incorporação não tivesse sido realizado no âmbito do SFH, mas sim com recursos da própria instituição financeira. Diante de tal questionamento, concluiu-se que não se deve fazer distinção no tratamento desses dois casos, pois, mesmo que os recursos em questão não tenham advindo do SFH, o agente financeiro obviamente sabe em qual finalidade tal dinheiro será aplicado, mantendo-se na obrigação de agir com diligência para satisfazer seu crédito a partir dos depósitos que os adquirentes fizerem junto à incorporadora.

Esse entendimento, aliás, deve ser aplicado mesmo em casos que tenham por objeto unidades comerciais, pois muitos dos adquirentes desses imóveis são profissionais liberais ou pequenas empresas que, em regra, se revelam tão vulneráveis nessa situação quanto os adquirentes de imóveis destinados à moradia.

Entretanto, é preciso que fique claro que não se chegou à conclusão de que, em nenhuma hipótese, a garantia hipotecária poderá ser oposta aos adquirentes. O que fundamenta a ineficácia da hipoteca em relação aos compradores das unidades autônomas é a conduta negligente da instituição financeira, que deixa de fiscalizar de forma adequada os repasses que deveriam ser feitos pela incorporadora. Se o direito de crédito do agente financeiro não puder ser totalmente satisfeito, não em virtude de conduta negligente deste, mas sim porque alguns dos adquirentes não foram capazes de arcar com as dívidas que assumiram perante a incorporadora, é perfeitamente possível que a garantia hipotecária produza efeitos contra esses compradores inadimplentes.

Neste sentido, pode-se dizer que uma das mais relevantes conclusões a que se chegou através deste trabalho é a de que o instituto da hipoteca, mesmo submetido aos princípios de um paradigma constitucionalizado do direito contratual, ainda é capaz de proteger satisfatoriamente o direito de crédito das instituições financeiras que venham a investir seus recursos em empreendimentos de incorporação imobiliária. Se o agente financeiro utilizar com destreza os instrumentos que a lei lhe confere para garantir seu crédito, assegurando, ao

mesmo tempo, a devida proteção aos compradores dos imóveis, dificilmente sairá prejudicado nesse negócio.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 13 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002. vol. I.

AUGUSTIN, Sérgio; ALMEIDA, Ângela. Constitucionalização do direito civil e aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais às relações privadas. **Direitos fundamentais e justiça**, Porto Alegre, v. 4, n. 13, p. 141-162, out./dez. 2010.

AVVAD, Pedro Elias. **Direito Imobiliário**: teoria geral e negócios imobiliários. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas**. Brasília: Senado Federal, 2003. vol. 2.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUFULIN, Augusto Passamani. **Hipoteca**: constituição, eficácia e extinção. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. 3 ed. São Paulo : Atlas, 2011.

CHALHUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CORDEIRO, Eros Belin de Moura. **Da revisão dos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2011.

DICKSTEIN, Marcelo. **A boa-fé objetiva na modificação tácita da relação jurídica: surrectio e supressio**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

DINIZ, Maria helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FONTANA, Rodrigo Ghisleni. **A hipoteca romana**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26073-26075-1-PB.pdf>>.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Os deveres contratuais gerais nas relações civis e de consumo**. Curitiba: Juruá, 2011.

GHEZZI, Leandro. **A incorporação imobiliária à luz do Código de Defesa do Consumidor e do novo Código Civil**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LOBO, Paulo. Os novos princípios contratuais. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008, p. 261-277.

\_\_\_\_\_. A constitucionalização do direito civil brasileiro. **Revista brasileira de direito civil, constitucional e relações de consumo**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 213-226, jan./mar. 2009.

MANCEBO, Rafael Chagas. **A função social do contrato**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 17.

MARTINS-COSTA, Judith. **O Direito Privado como um "sistema em construção"**: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 17 maio 2014.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008, p. 232-260.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NÓBREGA, Vandick Londres, **História e sistema do direito privado romano**. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1962.



PAULA, Lucimar de. A problemática da aplicação do princípio da autonomia privada nas relações contratuais contemporâneas. In: NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Contrato & Sociedade: princípios de direito contratual**. Curitiba: Juruá, 2004, v. 1.

PENTEADO, Luciano de Camargo Penteado. Redes contratuais e contratos coligados. In: HIRONAKA, Giselda M. F. N., TARTUCE, Flávio (orgs.). **Direito contratual: temas atuais**. São Paulo: Método, 2007.

\_\_\_\_\_. **Direito das coisas**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas**. Campinas: Russel Editores, 2003. vol. 2.

POMPEU FILHO, Roberto Nelson Brasil. Aspectos do princípio da boa-fé nos contratos. In: NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Contrato & Sociedade: princípios de direito contratual**. Curitiba: Juruá, 2004, v. 1. p. 77-79.

RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RENNER, Rafael. **Novo direito contratual: a tutela do equilíbrio contratual no novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2007.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. A função social do contrato. In: HIRONAKA, Giselda M. F. N., TARTUCE, Flávio (orgs.). **Direito contratual: temas atuais**. São Paulo: Método, 2007.

SANDEL, Michael J. **Justice: what's the right thing to do?**. 1 ed. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. **Contornos Dogmáticos e eficácia da boa-fé objetiva: o princípio da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

STUART, Luiza Checchia. Liberdade contratual e o princípio da boa-fé. **Revista brasileira de direito civil, constitucional e relações de consumo**, São Paulo, v. 5, n. 19, p. 193-212, jul./set. 2013.

TORRES, Andreza Cristina Baggio. **Teoria Contratual pós-moderna**: as redes contratuais na sociedade de consumo [dissertação]. Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná; 2005. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde\\_arquivos/1/TDE-2006-05-03T070125Z-316/Publico/Andreza%20Direito.pdf](http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2006-05-03T070125Z-316/Publico/Andreza%20Direito.pdf)>. Acesso em maio de 2014.